Willenserklärung durch Fernsprecher.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Juristischen Fakultät

der

Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Rudolf Dieringer
Rechtsanwalt in Rottweil.

ACAD. LAND BAT. BIBL.

Tübingen
Druck von H. Laupp jr.
1910.

Genehmigt durch Beschluß der Fakultät vom 4. August 1910.

Referent: Herr Professor Dr. M. von Rümelin,
Kanzler der Universität.

Benützte Literatur:

Aßmann, Die Rechtsstellung des Boten, Berlin 1906.
Bieber, Der Zugang empfangsbedürftiger mündlicher Willenserklärungen, Diss. Würzburg 1908.
Binding, Die Normen und ihre Uebertretung, 2. Aufl. 1890.
v. Blume, Versäumnis des Empfangs von Willenserklärungen, in Iherings Jahrb. Bd. 51. 1./2. Heft, 1907.
Breit, Die Verhinderung der Vollziehung einer Willenserklärung, in Seufferts Blättern für Rechtsanwendung 1906 Nr. 21.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. 1903.
Crome, System des deutsch. bürgerl. Rechts, 1900.
Daue, Wird eine Willenserklärung wirksam, wenn der Empfänger ihr Zugehen absichtlich verhindert? Diss. Greifswald 1908.
David, Verhinderung bei Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung, in Gruchots Beiträgen Bd. 46, 1902, S. 232 ff.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs, 3. Aufl. 1905, Bd. I, 1902.
Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 8. Aufl. 1903.
Enneccerus-Lehmann, Das bürgerl. Recht, 2. Aufl. 1901.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, s. die zit. Entsch.
Fischer-Henle, Bürgerl. Gesetzbuch, 6. Aufl. 1904.
Fleck, Der Bote (nuntius), im Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 15, S. 337 ff.
Francke, Zum Vertragsschluß durch Fernsprecher, in „Das Recht" 1901 S. 201.
Frankenburger, Die rechtl. Bedeutung der Telephongespräche, in der DJZ. 1904 S. 844.
Gareis, Kommentar z. allg. Teil des BGB. 1900.
Habicht, Die Verhinderung der Abgabe einer Willenserklärung, in der DJZ. 1901, Nr. 12, S. 265 ff.
Hellwig, Reichsgerichtl. Judikatur über das Zugehen von Willenserklärungen, in der Jur. Wochenschrift 1905 S. 356 ff.
Hölder, Kom. z. allg. Teil des BGB., 1900.
— Willenserklärungen mittels Fernsprechers, in der DJZ. 1901 S. 151.
— Der Zugang der Willenserklärung, in der DJZ. 1901 S. 340.
— Zur Theorie der Willenserklärung, Festgabe für Degenkolb, 1905.

Isay, Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts, 1899.
— Zur Lehre von den Willenserklärungen nach dem BGB., in Iherings Jahrb. Bd. 44.
Joerges, Das Recht des Fernsprechverkehrs, in der Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 56.
Kohler, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 1900.
Koppers, Willenserklärungen mittels Fernsprechers, in der DJZ. 1901 S. 112.
— Die Vollendung empf. mündl. Willenserklärungen, in Gruchots Beitr. Bd. 46.
— Zugehen mündl. Willenserklärungen, in der DJZ. 1906 S. 75.
Leonhard, R., Der allg. Teil des BGB., 1900.
Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907.
Marcus, Zur Kasuistik des Botenrechts, in „Das Recht" 1907 S. 44.
Meili, Das Telephonrecht, 1885.
Monich, Willenserklärung und Rechtsgeschäft nach dem BGB. 1900.
Mugdan, Die gesamten Materialien z. BGB.
Neugebauer, Was ist in § 130 unter „Zugehen" zu verstehen? Diss. Breslau 1908.
Oertmann, Zugehen und Vernehmen, in „Das Recht" 1906 S. 721.
Planck, Bürgerl. Gesetzbuch, 3. Aufl. 1903.
Regelsberger im Bank-Archiv (Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen, 9. Jahrgang Nr. 18 S. 273—276).
Rehbein, Bürgerl. Gesetzbuch, 1899.
Reichau, Der Vertragsschluß durch Fernsprecher, Diss. Jena 1908.
Rümelin, M., Der Zufall im Recht, 1896.
— Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutsch. bürgerl. Gesetzbuchs zur objektiven Schadensersatzpflicht, 1896.
— Das Handeln in fremdem Namen, im Archiv f. civ. Praxis, Bd. 98 S. 131.
Starke, Der Zeitpunkt des Wirksamwerdens eines Vertragsangebots an einen Anwesenden, Diss. Leipzig 1909.
Staudinger, Kommentar z. BGB., 5./6. Aufl. 1910.
Sjögren, Zur Lehre von den Formen des Unrechts, in Iherings Jahrb. Bd. 35.
Titze, Der Zeitpunkt des Zugehens bei empfangsbedürftigen schriftlichen Willenserklärungen, in Iherings Jahrb. Bd. 47.
Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse, im Arch. f. zivilist. Praxis 92. (42.) Band.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 1906.
Zitelmann, Das Recht des BGB., 1900.
— Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs, 1889.

Inhaltsübersicht.

Seite

§ 1. Die telephonische Erklärung eine mündliche Erklärung und der Fernsprecher ein verkehrsübliches Erklärungsmittel 1

§ 2. Unterscheidung der telephonischen Willenserklärungen in solche unter Anwesenden und solche unter Abwesenden 5

§ 3. Die Wirksamkeit der Willenserklärung im allgemeinen: Der Begriff des „Zugehens" nach § 130 BGB. und die Wirksamkeit der gewöhnlichen mündlichen Erklärung unter Anwesenden 13

§ 4. Die Wirksamkeit der telephonischen Willenserklärung: Welche Grundsätze gelten für die telephonische Erklärung unter Anwesenden und welche für diejenige unter Abwesenden; ist speziell auf letztere der § 130 übertragbar oder welche besonderen Grundsätze gelten für sie? 31

§ 5. Die Verhinderung des Wirksamwerdens einer telephonischen Erklärung 56

§ 6. Die Gefahrtragung und Gefährdungshaftung wegen Wahl des Fernsprechers als Erklärungsmittel 73

Inaug.-Diss. Rudolf Dieringer.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547023_0018

§ 1.

Die telephonische Erklärung eine mündliche Erklärung und der Fernsprecher ein verkehrsübliches Erklärungsmittel.

Der Fernsprecher, dieser großartige Apparat des modernen Kulturlebens, hat rasch den ganzen Erdball umspannt und alle Verhältnisse des Lebens mit seinen Nerven durchzogen. Die elektrische Nachrichtenübermittlung durch den Fernsprecher ist zu einer täglichen Erscheinung des modernen Lebens geworden. Die Benutzung dieses Verkehrsmittels mußte selbstverständlich eine Reihe neuer Beziehungen auf dem Rechtsgebiet hervorrufen. Gegenüber dem telegraphischen Verkehr, der sich ja noch völlig in den Formen einer schriftlichen Korrespondenz vollzieht, kann der Austausch von Mitteilungen auf telephonischem Wege nur ein mündlicher sein und vollzieht sich ganz in den Formen eines persönlichen Gesprächs. Während dort juristisch wichtige Schriftstücke entstehen, deren rechtliche Bedeutung und Beweiskraft außer Frage stehen, obwohl das Telegramm schon eine weniger individuelle Form trägt, als der Brief, und sein Inhalt vor Veränderungen während der Beförderung nicht völlig gesichert ist, verhallt der telephonische Laut, ohne die sichtbare Spur eines beweiskräftigen Dokuments zu hinterlassen. Man hielt daher anfangs den Fernsprecher auch nur für ein pläsierliches Spielzeug vornehmer Leute, und als er dann doch seiner praktischen Verwendung zugeführt werden sollte, sahen ängstliche Gemüter dem Schwindel Tür und Tor geöffnet. An die Elektrotechniker wurde allen Ernstes die Anforderung gestellt, den Fernsprecher so zu konstruieren, daß er zugleich auch eine dauernde Fixierung des Gesprächs herbeiführte. Allein während die hellsten Köpfe noch darüber nachsannen, spann schon die neue Erfindung ihre Fäden über das ganze Land und verstärkte sich das Vertrauen zu der Sicherheit dieses Nachrichtenübermittlers immer mehr.

Zwar hat nicht viel später eine weitere wichtige Erfindung auf dem Gebiete der Nachrichtenübermittlung ihren Einzug in die deutschen Großstädte gehalten: der elektrische Ferndrucker. Derselbe hat mit dem Fernsprecher in seiner Konstruktion insofern Aehnlichkeit, als auch er die Teilnehmer durch Vermittlung eines Amtes in direkte Verbindung mit einander treten läßt. Der Gedankenaustausch zwischen ihnen findet jedoch nicht durch Mund und Ohr, sondern auf dem Schriftwege statt. Der Angerufene empfängt in Druckschrift auf einem selbsttätig abrollenden Papierstreifen die Mitteilung, welche der Aufgeber seinerseits mittels einer einfachen Klaviatur auf einen gleichen Streifen druckt. Der Ferndrucker ermöglicht also bleibende Fixierung von Mitteilungen in ihrer ursprünglichen Form, ohne daß es, wie beim Telegramm, zur Uebermittlung selbst der Bedienung Dritter bedarf. Auch ist Anwesenheit des Empfängers zu einer Erklärungsabgabe nicht erforderlich; vielmehr nimmt der Apparat anlangende Nachrichten jederzeit auf und bewahrt sie für den abwesenden Adressaten. Dabei kann der Aufgeber die bei ihm entstehende getreue Kopie der abgesandten Erklärung behalten und als Beleg im Geschäftsverkehr (§§ 38, 2 und 44, 2 HGB.) aufbewahren.

Dazu kam in den letzten Jahren der von einem Londoner Ingenieur erfundene Fernsprech- und Schreibapparat, „Telewriter" genannt, der aus einem Empfangs- und einem Gebe-Apparat besteht und durch den sich zwei Telephonteilnehmer miteinander mündlich und schriftlich verständigen können. Der Anruf geschieht in derselben Weise, wie beim Fernsprecher und Ferndrucker. Stößt aber die mündliche Verständigung irgendwie auf Schwierigkeiten oder ist der Angerufene nicht zu Hause, so braucht der Anrufende nur einen angebrachten Stift zu ergreifen und zu schreiben; in demselben Moment, in dem er schreibt, erscheint an dem Apparat des Angerufenen oben die Schrift und zwar in der Handschrift des Telephonierenden.

Die Annahme aber, die neuen Apparate werden im Laufe der Zeit unseren Fernsprechverkehr auf weiten Gebieten umgestalten, hat sich, wenigstens bis jetzt, nicht erfüllt; sie haben weder den Telegraphen ersetzt noch dem Fernsprecher Konkurrenz gemacht. Die Verhältnisse haben es so gefügt, daß sich der Verkehr mittels Fernsprechers allgemein glücklicher abwickelt, als befürchtet wurde, und

wenn auch andererseits die Leistungsfähigkeit dieses Verkehrsmittels, die ihre natürlichen Grenzen hat, nicht überspannt werden darf, so ist er eben doch mit der Zeit ein allgemeiner und wichtiger Vermittlungsfaktor beim Austausch von Willenserklärungen im Nah- und Fernverkehr geworden.

Während so einerseits der telephonische Verkehr sich gewaltig verbreitete, hat er andererseits der juristischen Interpretation, welche die Bedürfnisse des modernen Verkehrs mit den Grundsätzen des gemeinen Rechts vereinbaren soll, manche Frage zu lösen gegeben. In der Tat ist der Fernsprecher eine so eigenartige Erscheinung, hat so viel von Möglichkeiten und Zweifeln an sich, daß Wissenschaft und Judikatur erst längere Zeit ihre Kräfte daran erproben mußten, ehe sie in ein klares Verhältnis zu ihm zu treten vermochten.

Daß die telephonische Erklärung stets eine mündliche ist und ihrer Natur nach nur sein kann, war und ist natürlich von jeher und überall anerkannt. Die Lage ist ähnlich, wie wenn zwei Personen sich mittels eines Sprachrohrs miteinander unterhalten oder wenn sich zwei Leute, die sich — etwa wegen Blindheit — nicht sehen können, mit einander verständigen. Der Fernsprecher ist seinem Wesen nach dazu bestimmt, gesprochene Worte zu befördern. Im gewöhnlichen mündlichen wie im telephonischen Verkehr sind dieselben menschlichen Organe in Tätigkeit; der Mund spricht, das Ohr hört, der Unterschied besteht nur darin, daß im ersten Falle die Laute allein durch die Schallwellen befördert werden, während im zweiten Falle die Kräfte des elektrischen Stromes mitwirken. Auf diese Weise werden heute täglich tausendfach Mitteilungen und Erklärungen aller Art vermittelt und es hängt oft viel davon ab, ob denselben eine rechtlich bindende Kraft beizumessen ist.

Ob und inwieweit nun von Gesetz und Wissenschaft das Erklärungsmittel als solches berücksichtigt wird bezw. zu berücksichtigen ist, wird in den weiteren Ausführungen zu erörtern sein; hier soll zunächst nur konstatiert werden, daß die telephonische Erklärung eine mündliche ist, sowie daß der Fernsprecher ein verkehrsübliches Erklärungsmittel ist.

Es besteht heute jedenfalls kein Zweifel mehr darüber, daß die Art und Weise, wie wir unsere Willenserklärungen der anderen Partei mitteilen, uns völlig anheimgestellt ist, wenn wir uns auf diese Art nur dem Gegner verständlich machen können. Daß diese Vor-

aussetzung beim Fernsprecher zutrifft, wird niemand leugnen, sodaß die Tauglichkeit und Zulässigkeit des Erklärungsmittels an sich in keiner Weise zu beanstanden ist. Immerhin aber können gerade bei Wahl dieses Erklärungsmittels Zweifel entstehen, ob es nicht doch Fälle gibt, in denen die telephonische Erklärung wegen der damit notwendig verbundenen Unsicherheit nicht genügen, die Gegenpartei vielmehr nach Verkehrsanschauung die gewöhnliche mündliche oder schriftliche Mitteilung verlangen kann. In dieser Richtung ist vor allem darauf hinzuweisen, daß für empfangsbedürftige einseitige Rechtsgeschäfte, wie Kündigung, Aufrechnung usw., sowohl nach dem Geiste des Gesetzes[1]) als nach der Verkehrssitte ein besonderes Maß von Sicherheit für den Gegner gefordert wird. So spricht denn auch Staudinger[2]) von einer Beschränkung der Verkehrsmittel nach der Verkehrsübung wenigstens insoweit, als er den Ausführungen Plancks, daß es empfangsbedürftige Willenserklärungen, wie z. B. die Kündigung gebe, welche im Wege einer „mittelbaren" (stillschweigenden) Erklärung überhaupt nicht zugehen können, zustimmt und dann sagt, daß der wahre Grund hiefür nicht in der Unmöglichkeit einer Konstruktion der Adressierung mittelbarer Willenserklärungen überhaupt liege, sondern darin, daß gerade bei der Kündigung die Verkehrsübung die Erklärungsmittel beschränke. — Es darf hier wohl auch darauf hingewiesen werden, daß selbstverständlich die Erklärung in der verkehrsüblichen Sprache zu erfolgen hat und daß z. B. eine Kündigungserklärung im Stenogramm trotz der großen Verbreitung der Stenographie als nicht verkehrsüblich und daher unwirksam angesehen wird, selbst wenn der Empfänger das Stenogramm lesen kann, daß aber andererseits natürlich ein solcher Mangel durch das ausdrücklich oder durch konkludentes Handeln geäußerte Einverständnis des Adressaten mit dem an sich untauglichen Erklärungsmittel geheilt werden kann. — Allein für unsere Frage ist vor allem zu bemerken, daß es sich bei Willenserklärungen mittels Fernsprechers überhaupt nicht um stillschweigende (mittelbare), sondern nur um ausdrückliche Erklärungen handeln kann. Für diese aber wird man heute mit Staub[3]) ruhig sagen dürfen, daß der Fersprecher aufgehört hat, eine außer-

1) Vgl. z. B. die §§ 564, 565, 388 und speziell auch 180 Satz 1.
2) A. a. O. S. 393.
3) Kommentar z. HGB. 8. Aufl. § 54 Anm. 13.

gewöhnliche Einrichtung zu sein. Bei der weiten Verbreitung und großen Bedeutung, die der Fernsprecher für den heutigen Rechtsverkehr erlangt hat, wird man wohl behaupten können, daß gegenüber demjenigen, der Telephonanschluß hat, eine formfreie Willenserklärung stets durch den Fernsprecher abgegeben werden darf. Tatsächlich anerkennt auch die heutige Verkehrsauffassung allgemein [4]) den Fernsprecher als verkehrsübliches Erklärungsmittel.

§ 2.

Unterscheidung der telephonischen Willenserklärungen in solche unter Anwesenden und solche unter Abwesenden.

Von jeher und bis in die neueste Zeit herrscht in der Literatur lebhafter Streit vor allem darüber, ob die telephonische Willenserklärung schlechthin eine solche unter Anwesenden oder stets eine solche unter Abwesenden ist oder ob auch sie ihrerseits wieder in dieser Weise zu unterscheiden ist.

Das BGB. enthält über Willenserklärungen mittels Fernsprechers nur einen einzigen Satz; es hat lediglich der Bestimmung des § 147 über den Vertragsantrag: „Der einem Anwesenden gemachte Antrag kann nur sofort angenommen werden" den Satz beigefügt: „Dies gilt auch von einem mittels Fernsprechers von Person zu Person gemachten Antrage".

Das BGB. hat so den Fernsprecher zwar in den Bereich der gesetzlichen Regelung gezogen, sich aber mit der Aufstellung eines einfachen Satzes begnügt. Zunächst allerdings hat die Frage, ob und ev. inwieweit über den telephonischen Verkehr gesetzliche Bestimmungen aufzustellen seien, verschiedene Ansichten ausgelöst. Während einige der Ansicht waren, daß es sich nicht empfehle, über den Fernsprechverkehr überhaupt eine Bestimmung zu treffen, daß es vielmehr der Wissenschaft und Praxis überlassen bleiben müsse, im Einzelfalle richtig zu unterscheiden, ob derselbe rechtlich als ein Verkehr unter Anwesenden oder als ein solcher unter Abwesenden anzusehen sei, gingen andere davon aus, daß gerade die große Bedeutung des Fernsprechwesens es dringend erforderlich mache, zu dieser an sich zweifelhaften Frage positiv Stellung zu nehmen.

4) Anderer Ansicht allerdings Endemann, Bürg. Recht 8. Aufl. § 66 Anm. 26.

Schließlich war man darin einig [1]), daß der telephonische Verkehr in der Regel sich als ein solcher unter Anwesenden darstellen werde, wenn andererseits auch nicht verkannt wurde, daß Umstände vorliegen können, welche eine abweichende Auffassung notwendig machen. Dabei wurde als entscheidend angesehen, daß durch den Fernsprecher, wie bei körperlich Anwesenden, ein mündlicher unmittelbarer Verkehr ermöglicht sei, daß Rede und Gegenrede von Person zu Person erfolgen könne, und mit Rücksicht darauf, daß beim telephonischen Verkehr die Laute nicht unmittelbar vom Einen dem Andern zukommen, sondern eine Vermittlung durch den Mechanismus stattfinde, es für nötig gehalten, die Gleichstellung mit dem Verkehre unter Anwesenden ausdrücklich auszusprechen. Andererseits hielt man es für genügend, wenn dies hinsichtlich der Annahme eines Vertragsantrages geschehe, und war der Ansicht, daß es im übrigen der Wissenschaft und Praxis überlassen werden könne, den dem erwähnten Satze zu Grunde liegenden Gedanken in sonstigen Fällen, soweit er dort zutreffe, gleichfalls zu verwerten.

Darüber nun, daß dieser seinem Wortlaute nach allerdings nur auf den Vertragsantrag sich beziehende Paragraph auf Willenserklärungen überhaupt anwendbar ist, besteht heute kaum mehr ernsthaft Streit, dagegen wird immer noch darüber gestritten, ob der telephonische Verkehr überhaupt als ein solcher unter Anwesenden oder als ein solcher unter Abwesenden zu gelten hat.

Der größte Teil der Literatur [2]), die zu dieser Frage Stellung nimmt, stellt sich zwar anlehnend an die Motive [3]), nach welchen manches für die Annahme spricht, daß auf den telephonischen Verkehr die Grundsätze des mündlichen Erklärens unter Anwesenden Anwendung zu finden haben, und an die bereits erwähnten Protokolle auf den Standpunkt, daß der § 147 analog auf alle Erklärungen mittels Fernsprechers anzuwenden sei, daß diese den Erklärungen unter Anwesenden völlig gleichzustellen seien, daß sie also im Sinne des Gesetzes Erklärungen unter Anwesenden seien. Dabei wird das Hauptgewicht darauf gelegt, daß bei der telephonischen Erklärung, wie bei der gewöhnlichen mündlichen Erklärung unter Anwesenden,

1) Protokolle I. 78, 79.

2) Planck Nr. 3 zu § 130, Fischer-Henle § 130 Nr. 2, Hölder Nr. 2 zu § 130, Crome S. 392, Enneccerus-Lehmann S. 193.

3) I. 160.

Abgabe und Vernehmung einer Willenserklärung in der Regel zusammenfallen und daß auch die Dauer der telephonischen Erklärung ebenso kurz sei, wie bei Erklärungen unter Anwesenden, da auch ihr ein bleibendes Substrat ermangele.

Andererseits wird aber auch heute noch vereinzelt behauptet, die Willenserklärung mittels Fernsprechers sei lediglich eine besondere Art der Uebermittelung von Willenserklärungen unter Abwesenden und bleibe immer eine Willenserklärung unter Abwesenden [4]); der § 147 Abs. 1 Satz 2 enthalte lediglich eine Ausnahmebestimmung über den Vertragsantrag unter Anwesenden und dessen Annahme, welche diese Erklärungen allerdings den Willenserklärungen unter Anwesenden gleichstelle; gerade die ausdrückliche Gleichstellung in dieser einen Beziehung beweise aber, daß in allen andern Fällen das Gegenteil anzunehmen sei.

Außer diesem argumentum e contrario können jedoch für eine grundsätzliche Unterordnung der Willenserklärungen mittels Fernsprechers unter die Erklärungen unter Abwesenden gewichtige Gründe überall nicht geltend gemacht werden. Der Versuch, einen solchen Grund aus dem Gegensatz des ursprünglich zu § 147 beantragten Satzes: „Dies gilt insbesondere von einem mittels Fernsprechers gemachten Antrage" zu der Fassung des Gesetzes: „Dies gilt auch usw." abzuleiten, kann keineswegs als ein glücklicher bezeichnet werden. Es erscheint gesucht, in diese rein redaktionelle Aenderung, welcher in den Gesetzesmaterialien selbst keinerlei Bedeutung beigelegt wird, den Sinn hineinzulegen, daß mit dem „insbesondere" eine Unterordnung der telephonischen Erklärungen unter die Erklärungen unter Anwesenden beabsichtigt gewesen sei, daß diese ursprüngliche Absicht dann aber einer bloßen Gleichstellung für einen eng begrenzten Kreis von Erklärungen gewichen sei und daß dies durch das Wort „auch" zum Ausdruck gebracht worden sei.

Wenn ferner der Erörterung in den Protokollen [5]), es habe Einverständnis darüber bestanden, daß die Vorschrift des § 147 nur dann gelten solle, wenn ein unmittelbarer telephonischer Verkehr zwischen dem Offerenten und dem Oblaten stattfinde, nicht aber anwendbar sei, wenn z. B. nach der Verkehrseinrichtung die telephonische Mitteilung noch einer Weiterbeförderung an die Parteien durch Mittels-

4) Vgl. Reichau a. a. O. S. 31, Neugebauer a. a. O. S. 49.
5) Prot. I. 78, Mugdan Bd. 1 S. 690.

personen bedürfe, der Sinn unterlegt wird, es sei hier an die Möglichkeit gedacht worden, daß der staatlichen Regelung des Fernsprechverkehrs zufolge ein direkter Verkehr zwischen den Sprechenden überhaupt nicht möglich, sondern nur eine Weitergabe der Worte durch Beamte (ähnlich dem telegraphischen Verkehr) vorgesehen sei [6]), so findet auch diese Auslegung in den gesetzgeberischen Vorarbeiten nirgends einen Anhaltspunkt. Jedenfalls könnte eine solche Auslegung m. E. nicht als Grund dafür ins Feld geführt werden, daß der Gesetzgeber die telephonischen Erklärungen grundsätzlich als Erklärungen unter Abwesenden habe angesehen wissen wollen, vielmehr wäre daraus zu folgern, daß alle nicht durch Verkehrsbeamte vermittelten Gespräche den Erklärungen unter Anwesenden gleichgestellt sein sollen.

Neu und in der Literatur bisher allerdings nirgends gewürdigt ist folgende Schlußfolgerung [7]): Die rezeptive Tätigkeit, die bei dem gewöhnlichen mündlichen Verkehr von dem Gehörsorgan des Gegners ausgeübt werde, werde beim Fernsprecher schon von der Schallplatte des Aufnahmeapparats vorgenommen; von hier aus erhalte der Erklärungsinhalt seine unabänderliche Richtung gegenüber dem Gegner, gleichgültig ob dieser oder ein Vertreter desselben oder ein Unbefugter oder niemand zu hören bereit sei. Daraus ergebe sich die wichtige Konsequenz, daß, wenn die telephonische Erklärung als eine solche unter Anwesenden anzusehen wäre, sie auch den hierfür geltenden Regeln unterworfen sein müßte, daß also zur Wirksamkeit der Erklärung auch schon die bloße Entäußerung auf den Apparat des Gegners hin genügen müßte. Wenn man aber so weit nicht gehen könne und dürfe, so könne man sich auch dem Ergebnis nicht verschließen, daß die telephonische Erklärung eine Erklärung unter Abwesenden sei. Eine solche Schlußfolgerung kann aber m. E. überall nicht stichhaltig sein. Selbst wenn das Ohr im telephonischen Verkehr gemäß der Natur des Fernsprechers nur die Reproduktion der Laute aufnimmt, während es im gewöhnlichen mündlichen Verkehr die Laute selbst empfängt, so sind doch, wie schon oben gesagt, in beiden Fällen dieselben menschlichen Organe in Tätigkeit und besteht nur der Unterschied, daß im Verkehr mittels Fernsprechers noch die Kräfte des elektrischen Stro-

6) Reichau a. a. O. S. 29.
7) Reichau a. a. O. S. 32.

mes mitwirken. Ob aber die Mitteilung von Mund zu Ohr durch die Schallwellen der Luft oder durch den elektrischen Strom erfolgt, muß für unsere Frage doch gleichgültig sein.

Daß die Streitfrage, die eine alte ist und, wie Meili[8]) berichtet, bald nach der Einführung dieses Verkehrsmittels von den italienischen Juristen in erbittertem Kampfe behandelt wurde, ohne eine Einigung zu erzielen, auch bei uns noch nicht so bald zu einheitlicher Lösung führen wird, beweist neuerdings namentlich wieder ein Aufsatz von Joerges[9]), der zwar die Frage nicht „grundsätzlich", sondern „bei den einzelnen in Betracht kommenden Rechtssätzen" entschieden wissen will, das entscheidende Gewicht aber auf die körperliche Trennung legt und so dazu kommt, die telephonische Erklärung als Erklärung unter Abwesenden anzusehen. Allein für den Begriff der Anwesenheit und Abwesenheit im telephonischen Verkehr kann die körperliche Trennung und räumliche Entfernung nicht den Maßstab der Unterscheidung bilden. Wenn Monich[10]) ausführt, Anwesenheit sei nur dann anzunehmen, wenn der Erklärende und der Erklärungsgegner zur Zeit der Erklärung sich in einer verhältnismäßig geringen räumlichen Entfernung befinden, so kann dies jedenfalls auf Erklärungen mittels Fernsprechers nicht zutreffen. „Nahe" und „entfernt", „gegenwärtig" und „fern" sind überhaupt keine absoluten, sondern nur relative Begriffe, der Fernsprecher hat diese Begriffe sogar direkt über den Haufen geworfen, insofern Erklärungen zwischen zwei durch Fernsprecher verbundenen Personen sich ebenso leicht abspielen, ob sie sich räumlich nahe gegenüberstehen oder weit voneinander entfernt sind. Und wenn auch heute noch manche es als keineswegs gerechtfertigt erklären, die Begriffe „anwesend" und „abwesend" mittels einer Fiktion anders als räumlich zu verstehen, so kann man eben doch zu einer für unsere Frage brauchbaren Bestimmung nur gelangen von dem Gesichtspunkt der Fähigkeit und der Tatsache aus, daß der Mensch zur Feststellung der Anwesenheit sich im Einzelfalle verschiedener Sinnesorgane bedient. Mit Hilfe welchen Sinnes diese Feststellung im Einzelfalle geschieht, wird sich dabei stets nach dem Zwecke richten, zu dessen Herbeiführung die Anwesenheit gewünscht wird. Will ich jemand sehen, so be-

8) Telephonrecht S. 200 ff.
9) In der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 56 S. 66 ff.
10) Willenserklärung und Rechtsgeschäft S. 9.

diene ich mich zur Feststellung der Anwesenheit der Augen und bezeichne ihn als anwesend, wenn er in meinen Gesichtskreis tritt. Will ich ihn dagegen hören, so gebrauche ich hiezu das Gehör und sehe das Verhältnis der Anwesenheit als gegeben an, wenn wir uns gegenseitig durch die Sprache verständigen können. Von diesem Gesichtspunkt aus wird man also allgemein einen Menschen im Einzelfalle dann als anwesend bezeichnen können, wenn ihm gegenüber die Verwirklichung des Zweckes, zu welchem die Anwesenheit gewünscht wird, unmittelbar möglich ist. In unserem Falle wird man also denjenigen, dem gegenüber eine Erklärung abgegeben werden will, als anwesend bezeichnen, wenn ihm die Willenserklärung unmittelbar — d. h. ohne andere Menschen zu Hilfe zu nehmen oder aber wenigstens ohne daß dadurch ein erheblicher Zeitverlust verursacht wird — abgegeben werden kann. Dies ist der Sinn des „unmittelbaren telephonischen Verkehrs zwischen dem Offerenten und Oblaten", von dem die Protokolle a. a. O. sprechen, und in diesem Sinne spricht das Gesetz selbst von einem mittels Fernsprechers „von Person zu Person" gemachten Antrage, nicht um mit der Einschiebung dieser Worte Verwirrung anzustiften oder „Ueberflüssiges [11]) hereinzubringen, sondern in bewußtem und gewolltem Gegensatz zu Willenserklärungen, die nicht von Person zu Person erfolgen. Wenn aber das Gesetz die telephonischen Erklärungen so ausdrücklich in solche unter Anwesenden und solche unter Abwesenden scheidet, so haben wir lediglich keinen Grund, von dieser Unterscheidung abzuweichen. So führt denn auch das Reichsgericht [12]) anlehnend an die Worte des Gesetzes aus, der § 147 Abs. 1 Satz 2 habe zur Voraussetzung, daß die Erklärung von Person zu Person geschehe, daß also der Hörer am Empfangsapparat die Person selber sei, für welche die Erklärung bestimmt sei; nur eine solche von Person zu Person erfolgende Erklärung sei einer einem Anwesenden gemachten Erklärung gleichzuachten. Dementsprechend wurde der Satz aufgestellt: „Eine Erklärung durch den Fernsprecher ist eine Erklärung unter Anwesenden, wenn der Empfänger selbst am Fernsprecher ist, eine solche unter Abwesenden, wenn sie von einem anderen entgegengenommen wird".

Einige Autoren, die zwar ebenfalls zugeben, daß die in § 147

11) Reichau a. a. O. S. 31.

12) ERG. vom 17. Juni 05 Bd. 61 S. 125, Jur. Woch. 05 S. 488.

ausgesprochene Gleichstellung analog auch auf andere Willenserklärungen auszudehnen sei, wollen nun aber in zu enger Auslegung der Worte „von Person zu Person" diesen Satz nur dann Anwendung finden lassen, wenn der Erklärende und der Erklärungsempfänger in Person an den Fernsprechapparaten seien, niemals aber wenn die Erklärung an einen Vertreter des Adressaten gehe. In diesem Sinne ist wohl auch die Hölder'sche Ausführung [13]), daß die Erklärung unter Abwesenden abgegeben sei, wenn kraft Anweisung oder Zulassung eine andere Person dort stehe, aufzufassen. Eine solche Auslegung der Worte „von Person zu Person" ist aber nicht haltbar. Diese Ausdrucksweise kann und darf nicht wörtlich in dem Sinne verstanden werden, daß gerade nur die Beteiligten selbst miteinander verkehren müssen, damit die gewünschte Rechtsfolge eintrete; diese muß vielmehr auch dann eintreten, wenn der eine oder andere der Beteiligten oder beide durch Stellvertreter (im Willen) vertreten sind. In diesem Falle ist nach dem Grundsatz der unmittelbaren Stellvertretung, der in § 164 aufgenommen ist, die Rechtslage und Rechtsfolge dieselbe, wie wenn die beteiligte Person selbst am Fernsprecher verkehrt. Die unmittelbare oder direkte Stellvertretung hat nach der auch dem BGB. zu Grunde liegenden Repräsentationstheorie die Wirkung, daß der Vertretene unmittelbar und nur der Vertretene, nicht der Vertreter, aus der durch letzteren oder an letzteren abgegebenen Willenserklärung berechtigt bezw. verpflichtet wird.

Auch Staudinger [14]) und Kipp [15]), die eben wegen der Ausdrucksweise „von Person zu Person" zunächst ebenfalls Bedenken gehabt haben, haben sich nunmehr dieser Auslegung angeschlossen, „nachdem einmal der Grundsatz der direkten Stellvertretung angenommen ist".

In seiner neuesten Auflage (5./6. S. 453) führt zwar Staudinger aus, daß die herrschende Meinung nunmehr die telephonische Erklärung, wenigstens was den Zeitpunkt ihrer Vollendung betreffe, als eine Erklärung unter Anwesenden behandle, weil sie unmittelbar erfolge und „nicht ermittelt wird durch einen ihrer Abgabe nachfolgenden Vorgang" [16]). Allein da für unsere Frage weniger der

13) In der DJZ. 01 S. 157.
14) 2. Aufl. I. S. 430.
15) Kipp-Windscheid 9. Aufl. S. 343.
16) Hölder Komm. § 130 Bem. 2.

Zeitpunkt der Vollendung der Erklärung, als der davon verschiedene Zeitpunkt der Wirksamkeit in Betracht kommt, erscheint es nicht gerechtfertigt und nicht praktisch, von dem Gesichtspunkt der Vollendung aus den Verkehr mittels Fernsprechers rechtlich überhaupt als Verkehr unter Anwesenden anzusehen. Auch nötigt hiezu, wie Staudinger selbst bemerkt, die in § 147 getroffene Regelung noch keineswegs und mit Recht weist Isay [17]) darauf hin, daß eine allgemeine Regel, wonach alle telephonischen Erklärungen als Erklärungen unter Anwesenden anzusehen wären, der Beurteilung des konkreten Falles nur eine hinderliche Fessel werden würde. Tatsächlich ist denn auch, wie wir später sehen werden, die rechtliche Behandlung der telephonischen Erklärungen von Person zu Person und derjenigen, bei welchen Mittelspersonen eintreten, eine verschiedene. Erklärungen unter Anwesenden sind zwar die telephonischen Erklärungen insofern stets, als, wenn überhaupt soll erklärt werden können, auf der Gegenseite immer jemand anwesend sein muß, aber eine rechtlich verschiedene Behandlung tritt ein, je nachdem der Adressat selbst bezw. ein Vertreter desselben am Fernsprecher ist oder eine Mittelsperson dazwischentritt. Es ist somit auch von diesem Gesichtspunkt aus nicht nur überall kein Grund vorhanden, von der Unterscheidung des Gesetzes abzuweichen, vielmehr direkt geboten, an derselben festzuhalten.

Für Willenserklärungen mittels Fernsprechers ist also festzustellen, daß auch sie zu unterscheiden sind in solche unter Anwesenden und solche unter Abwesenden. Erklärungen unter Anwesenden sind sie, wenn auf Seite desjenigen, welchem gegenüber eine Willenserklärung abgegeben werden will, der Adressat selbst oder ein (gesetzlicher oder gewillkürter) Vertreter desselben sie entgegennimmt, dagegen Erklärungen unter Abwesenden, wenn die Erklärung von einer Mittelsperson entgegengenommen wird, welche sie erst bezw. lediglich dem Adressaten zu übermitteln hat.

Die praktische Bedeutung dieser Unterscheidung liegt, wie bereits zum Ausdruck gekommen ist, darin, welchen Regeln das Wirksamwerden der Willenserklärung unter Anwesenden und unter Abwesenden unterworfen ist.

Darauf, daß in neuerer Zeit an Stelle der Unterscheidung des

17) A. a. O. S. 9.

Gesetzes zwischen Erklärungen unter Anwesenden und solchen unter Abwesenden überhaupt mehrfach einer Einteilung in mündliche und schriftliche Willenserklärungen das Wort geredet wird, wird später (in § 4) noch kurz die Sprache kommen.

§ 3.

Die Wirksamkeit der Willenserklärung im allgemeinen: Der Begriff des „Zugehens" nach § 130 BGB. und die Wirksamkeit der gewöhnlichen mündlichen Erklärung unter Anwesenden.

Wie schon im vorigen Paragraphen kurz bemerkt, ist die Vollendung einer Willenserklärung keineswegs gleichbedeutend mit ihrer Wirksamkeit. Darüber nun, wann eine Willenserklärung wirksam wird, enthält das BGB. wiederum nur eine einzige Bestimmung, den § 130, welcher lautet: „Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie ihm zugeht".

Das Gesetz knüpft hier ausdrücklich nicht die Vollendung, sondern das Wirksamwerden der Erklärung an den Zeitpunkt des Zugehens, sondert also die Abgabe der Erklärung vom Zugehen. Dies geht in erster Linie aus dem Wortlaut des Gesetzes hervor, welcher die Erklärung zu einem Objekt des Zugehens macht, also eine davon unabhängige Existenz voraussetzt, sodann aber auch aus Abs. 2 des § 130, wornach Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Erklärenden, wenn diese nach Abgabe der Erklärung eintreten, auf ihre Wirksamkeit ohne Einfluß sind. Vollendet ist demnach die Erklärung schon mit ihrer Abgabe, zu ihrer Wirksamkeit aber bedarf es noch des Zugehens als eines zur Erklärung hinzukommenden weiteren Tatbestandsmoments, das erfüllt sein muß, damit die Erklärung Wirkungen hervorbringe. Anderer Ansicht ist scheinbar Crome[1]), besonders aber Hölder[2]), der den Satz aufstellt: „Die Wirksamkeit einer Willenserklärung ist ihre rechtliche Existenz", ohne denselben jedoch anders als mit der Berufung auf § 130 Abs. 1 Satz 2 zu begründen. Da aber der Widerruf nur die Wirksamkeit der Erklärung hemmt, kann dies nichts daran ändern, daß sie vorher schon existent

1) A. a. O. Bd. I S. 394.
2) Komm. Nr. 4 zu § 130 u. DJZ. 01 S. 341.

war [3]). In jüngster Zeit hat auch das Reichsgericht [4]) die Trennung der Momente ausdrücklich anerkannt, indem es bei Anwendung des § 130 Abs. 2 auf den Widerruf den gesetzgeberischen Grund dieser Vorschrift betrachtend ausführte, daß die Erklärung an sich rechtlich bestehe, wenn auch ihre Wirksamkeit von dem Hinzutreten eines anderen Umstandes, nämlich des Zugehens an den anderen Teil, abhänge.

Auf die Frage nach dem Begriff der Willenserklärung, ihre Unterscheidung von bloßen Willensäußerungen, Willensverwirklichungen, Willensgeschäften, Willensbetätigungen, Realakten oder wie sonst die Bezeichnungen lauten, ihre Einteilung in ausdrückliche und stillschweigende bezw. unmittelbare und mittelbare, in empfangsbedürftige und nichtempfangsbedürftige usw. näher einzugehen, kann nicht in den Rahmen dieser Arbeit fallen, es kann vielmehr genügen, festzustellen, daß es sich für uns nur um ausdrückliche empfangsbedürftige Willenserklärungen handelt. Der für „eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist", von Zitelmann [5]) geprägte Ausdruck „empfangsbedürftige Willenserklärung" — im Gegensatz zu den nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen, deren Wesen zum Teil darin erblickt wird, daß sie gar keinen Adressaten haben, zum Teil darin, daß sie zur Wirksamkeit dem Adressaten nicht zuzugehen brauchen, — ist in der heutigen Theorie in diesem Sinne allgemein eingebürgert, wenn er auch vielfach [6]) nicht als besonders glücklich bezw. treffend erachtet wird. Der Ausdruck ist wohl darauf zurückzuführen, daß im I. Entwurf der „Beteiligte", wofür im BGB. der „andere" gesetzt wurde, „Empfänger der Willenserklärung" genannt ist, und begreift, wenn auch nicht alle [7]), so jedenfalls die meisten Willenserklärungen in sich Die Motive [8]) selbst geben eine Uebersicht über die empfangsbedürftigen Willenserklärungen und rechnen dazu hauptsächlich: beim zweiseitigen Rechtsgeschäft den Antrag und die Annahme, sodann

3) Oertmann a. a. O. S. 724.

4) ERG. vom 9. März 07, JW. 07 S. 243.

5) A. a. O. I S. 22 ff.

6) So Breit a. a. O. S. 178, Bekker in Iherings Jahrb. Bd. 49 S. 46, Wendt a. a. O. S. 201; Manigk empfiehlt den Ausdruck „wahrnehmungsbedürftig", Kohler „ankunftsbedürftig".

7) R. Leonhard allg. Teil S. 269, Planck I S. 238.

8) I. 189.

bei den einseitigen Rechtsgeschäften die Mahnung, Kündigung, Anfechtung, Rücktritt vom Vertrage, Widerruf, Erteilung der Vollmacht, Genehmigung usw.

Die „Empfangsbedürftigkeit" bezieht sich also auf die Richtung und hat den Sinn, daß die Erklärung — und zwar mit dem Bewußtsein der Willenskundgebung — an eine bestimmte Person abgegeben (adressiert) werden muß, während im übrigen der § 130 sich auf das zeitliche Moment für das Wirksamwerden einer Willenserklärung bezieht und als den Zeitpunkt der Wirksamkeit das „Zugehen" bezeichnet, worin das Moment des Empfanges begriffen ist.

Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist jedoch das Anwendungsgebiet dieser Bestimmung beschränkt auf Erklärungen, die unter Abwesenden gemacht werden. Andererseits hat das BGB. in richtiger Erkenntnis der Wichtigkeit der Bestimmung sie ausdrücklich ausgedehnt auch auf die einseitigen Willenserklärungen und in dieser Beziehung also allgemeine Vorschriften gegeben.

Im römischen Recht finden wir die Frage, wann eine Willenserklärung wirksam wird, in dieser Allgemeinheit noch nicht behandelt. Wohl mag es auch damals schon in der Praxis wie bei uns empfangsbedürftige Willenserklärungen gegeben haben in dem Sinne, daß die Erklärung auch an den Gegner gerichtet werden mußte, um wirksam zu werden [9]), allein die Untersuchung, wann Willenserklärungen, die einem anderen gegenüber abzugeben sind, wirksam werden, blieb noch beschränkt auf die Verträge, die im Mittelpunkte des Geschäftslebens standen, während einseitige Rechtsgeschäfte zu den Seltenheiten gehörten. Da aber im römischen Recht der Antrag nur ein vorbereitender Akt des Vertragsschlusses war und jederzeit zurückgenommen werden konnte, hatte man keinen Anlaß, von einem Wirksamwerden dieser Willenserklärung im römischen Recht zu sprechen. Nur dem übereinstimmenden Willen beider Vertragsparteien wurde Wirksamkeit beigelegt und so beschränkten sich die römischen Juristen darauf, den Zeitpunkt des Wirksamwerdens einer Vertragsannahme festzustellen, und entschieden dabei meist dahin, daß der Vertragsschluß mit der Vernehmung der Annahmeerklärung perfekt werde [10]). Es hing dies vor allem mit der Eigenart des rö-

9) Mitteis, Röm. Privatrecht 08 Bd. I S. 125.

10) L. 1 pr. D. de verborum obligationibus 45, 1; l. 1 § 15 D. de obligationibus et actionibus 44 ,7.

mischen Vertragssystems zusammen, die darin bestand, daß die meisten Verträge eben noch unter Anwesenden in Form von Rede und Gegenrede geschlossen wurden; es sei nur erinnert an die formalen Verträge, wie das mancipium und das nexum, die in iure cessio und vor allem die stipulatio, die zu ihrer Wirksamkeit Einheit der Zeit, des Ortes und der Handlung erforderten, so daß sie unter Abwesenden unmöglich waren. Bei dieser Art des Vertragsschlusses fiel natürlich Abgabe und Vernehmung einer Willenserklärung in der Regel zusammen und wurde so die Willenserklärung schon im Augenblick ihrer Abgabe wirksam. Allein auch bei den Konsensualverträgen war unter den damaligen Verkehrsverhältnissen noch wenig Bedürfnis vorhanden, Verträge unter Abwesenden zu schließen, da bei den nach auswärts sich erstreckenden Handelsbeziehungen das Institut der institoris praepositio eingriff, der institor aber den Vertrag unter Anwesenden abschließen konnte [11]). Inwieweit ferner das Rechtsinstitut des nuntius geeignet war, das Bedürfnis nach der Aufstellung besonderer Sätze über den Zeitpunkt des Wirksamwerdens von Willenserklärungen und speziell über das Zustandekommen von Verträgen auszuschließen oder zu verringern, kann bei der immer noch bestehenden Unsicherheit über die Stellung des Boten hier nicht näher erörtert werden.

Aus begreiflichen Gründen hat die Frage des Wirksamwerdens von Willenserklärungen auch im alten deutschen Recht keine Regelung erfahren. Auch ihm war ursprünglich die formale Natur der Verträge eigen und der Verkehr der Germanen war bis zur Rezeption des römischen Rechts wenig entwickelt. Erst im gemeinen Recht nach Entwicklung des Konsensprinzips und nach Ueberhandnehmen des brieflichen Verkehrs gelangte man dazu, die Frage nach dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens eines Vertrages allgemein zu stellen. Das Wirksamwerden der einseitigen Willenserklärungen wurde bei den einzelnen Rechtsgeschäften behandelt, ohne ihre Hauptmerkmale verallgemeinernd zusammenzufassen. Die Entscheidungen über das Wirksamwerden eines Vertrages aber erhielten, wenn sie auch vielfach noch als Sondervorschriften für das Wirksamwerden einer Vertragsannahme als solcher gelten mußten, doch schon eine allgemeinere Geltung für alle empfangsbedürftigen Willenser-

11) S. auch Schott, Der obligator. Vertrag unter Abwesenden S. 1.

klärungen jedenfalls insoweit, als sie nicht aus dem Begriffe des Konsenses, sondern aus dem der empfangsbedürftigen Willenserklärung abgeleitet sind.

Dabei fand man entsprechend den verschiedenen Entwicklungsstufen einer Willenserklärung auch verschiedene Theorien vertreten, die in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung und mangels der Möglichkeit, aus den römischen Rechtsquellen eine bestimmte Antwort auf die Frage des Wirksamwerdens einer Willenserklärung zu erhalten, in der Wissenschaft und Praxis des gemeinen Rechts sich entwickelten. Es entstanden große Kontroversen darüber, ob die Wirksamkeit einer Vertragsannahme und damit die Perfektion des Vertrags eintrete schon mit der bloßen Aeußerung (Aeußerungstheorie) oder erst mit der Absendung (Absendungs- oder Uebermittelungstheorie) oder gar erst mit der Vernehmung seitens des Adressaten (Vernehmungstheorie) oder aber mit dem Moment des Empfanges der Mitteilung (Empfangstheorie). Nach Maßgabe dieser vier Anschauungen kam im gemeinen Recht jedem der vier Zeitmomente die entscheidende Bedeutung zu. Unter diesen Theorien aber stehen sich, wie bei näherer Betrachtung sofort zu sehen ist, zwei Hauptrichtungen gegenüber, welche jeweils das Interesse eines der beiden Beteiligten allzusehr in den Vordergrund stellen: während die Aeußerungs- und die Uebermittelungstheorie lediglich dem Interesse des Abgebers einer Willenserklärung dienen, insofern dieser die Erklärung lediglich zu äußern bezw. abzusenden braucht, die Sorge dafür aber, daß sie den Adressaten auch wirklich erreicht, diesem überlassen kann, wahrt die Vernehmungstheorie ausschließlich das Interesse des Empfängers, indem die Kenntnisnahme vollständig in seinem Belieben steht. Beide Richtungen mußten aber, wenn man einseitig und ausnahmslos ihnen folgen wollte, große Unzuträglichkeiten und Unsicherheiten im Verkehr mit sich bringen; die Aeußerungs- und Uebermittelungstheorie konnten dazu führen, daß der Offerent einen Antrag gegen sich gelten lassen mußte, selbst wenn er von der Annahme und somit von dem Vertragsschlusse selbst gar keine Kenntnis erhalten hatte, und nach der Vernehmungstheorie kann der Erklärungsgegner sich jeder Willenserklärung böswillig entziehen, er braucht nur die Mitteilung nicht annehmen zu wollen oder die Vernehmung zu leugnen, um einer ihm unangenehmen Erklärung aus dem Wege zu gehen. Um diesen Uebelständen

zu begegnen, hat man aus praktischen Erwägungen heraus den Zeitpunkt des Wirksamwerdens einer Erklärung in den Moment des Empfanges verlegt und so die Empfangstheorie geschaffen.

In dieser Theorie lag wohl die richtige Mitte und für sie entschied sich denn auch die Praxis immer mehr, speziell als allmählich auch das Bedürfnis nach einer gesetzlichen Regelung dieser Frage hervortrat. Wenn auch das Handelsrecht und zwar in erster Linie das spanische Handelsgesetzbuch [12]), dann auch der Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Württemberg [13]) und das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch [14]) sich mehrfach noch auf den Standpunkt der Absendungstheorie stellten und auch das neue HGB. in § 377 die Absendung als genügend ansieht, so folgen doch die Gesetzbücher der neueren Zeit in der Hauptsache so ziemlich alle der Empfangstheorie, so das sächsische Gesetzbuch in § 815, das österreichische in § 862, das Züricher in §§ 904, 906 u. a. Und so hat auch das BGB. mit seinem § 130, in welchem das „Zugehen" zwar als notwendiges, damit zugleich aber auch als genügendes Erfordernis des Wirksamwerdens einer Willenserklärung unter Abwesenden bezeichnet wird, die Empfangstheorie angenommen oder, wie Dernburg sie bezeichnet, eine praktisch modifizierte Vernehmungstheorie. In dem I. Entwurf war von der Kommission der auch von dem Züricher Gesetzbuch angenommene Ausdruck „zukommen" gewählt, in den Beratungen wurde dann dieser Ausdruck durch das sich damit so ziemlich deckende „zugehen" ersetzt.

Ueber den Begriff des Zugehens hat sich in der Literatur ein lebhafter Streit entsponnen. Die einen [15]) bezeichneten schlechthin den Zeitpunkt des Besitzerwerbs als für das Wirksamwerden maßgebend, andere [16]) erklärten nur denjenigen Besitzerwerb für maßgebend, durch welchen der Empfänger die Möglichkeit der Kenntnisnahme erhalten kann. Allein zu der Feststellung, wann eine Willenserklärung wirksam wird, überhaupt den Sachbesitz heranzuziehen, ist nur bei schriftlichen Willenserklärungen mög-

12) Código commercial Portugez Art. 252.

13) Art. 287—289. 14) Art. 321.

15) Fischer-Henle BGB. 7. Aufl. § 130 Anm. 3; Thiele im Archiv für zivil. Praxis Bd. 89, S. 136.

16) Titze in Iherings Jahrb. Bd. 47, S. 387; Breit in Seuff. Bl. f. Rechtsanwendung 71. Jahrg. Nr. 21 S. 589.

lich, weil der mündlichen Erklärung jedes sachliche Substrat fehlt, das besessen werden könnte. Aber auch für das Zugehen der schriftlichen Erklärung kann der Besitz des Adressaten an derselben ebensowenig schlechthin erforderlich wie schlechthin genügend sein. Denn wenn es für das Zugehen einer brieflichen Erklärung auch genügt, wenn der Absender den Brief an einen Hausgenossen, den der Adressat zum Oeffnen der Türe verwendet, abgegeben oder den Brief in seinen Briefkasten geworfen hat, weil „damit der Wohnungsinhaber den Besitz erworben“ [17]) habe, wie ist es dann, wenn z. B. eine Willenserklärung durch vom Adressaten abzuholende Postsendung abgegeben wird ? Wäre der Besitzbegriff maßgebend, so könnte eine solche natürlich nicht schon dann als zugegangen angesehen werden, wenn die Zeit der Abholung nach den Regeln eines ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebs eingetreten ist; es könnte vielmehr der Adressat durch Unterlassung der Abholung und damit des Besitzerwerbs das Zugehen verhindern. Durch Einführung des Besitzbegriffes würden also gerade die Mängel, welche die Empfangstheorie verhüten soll, wieder herbeigeführt werden. Das BGB. hat aber, wie auch Staudinger [18]) ausführt, die Vernehmungstheorie sicher nicht deshalb abgelehnt, weil ihm eine Aufnahme der Willenserklärung in das Bewußtsein des Erklärungsempfängers überhaupt als überflüssig erscheint, sondern darum, weil dem Erklärungsempfänger nicht die Möglichkeit gewährt werden soll, sich der Entgegennahme der Erklärung eigenwillig zu verschließen, und weil dem Erklärenden nicht der schwierige Beweis der tatsächlichen Kenntnisnahme durch den Erklärungsempfänger zugemutet werden will. Dies ist auch der Standpunkt der Motive [19]), die ausdrücklich aussprechen, daß die allgemeinen Grundsätze nahe legen, eine gegenüber einem Abwesenden abgegebene ausdrückliche Willenserklärung erst dann wirken zu lassen, wenn der Abwesende von derselben Kenntnis erhalten hat, und daß in grundsätzlicher Hinsicht vieles für die Vernehmungstheorie spreche, daß sie aber den Bedürfnissen des Verkehrs nicht gerecht werde. Die Gründe, die zur Annahme der Empfangstheorie geführt haben, sind also im wesentlichen praktischer Natur; lediglich aus Gründen der Erleichterung und Sicherung des

17) Hellwig a. a. O. S. 356.
18) Komm. 5./6. Aufl. S. 453. 19) I. 156, 157.

Verkehrs und zwar vor allem aus zwei Gründen: einmal weil es zu Unbilligkeiten führen würde, wenn dem Adressaten die Kenntnisnahme ganz anheimgestellt bliebe, sodann weil es nahezu unmöglich sei, den Beweis dafür zu erbringen, daß der Gegner tatsächlich Kenntnis genommen habe, ist der § 130 geschaffen worden. Diese Gesichtspunkte müssen uns daher auch bei seiner Auslegung und Anwendung leiten und uns die Direktive zur Lösung der für uns in Betracht kommenden Fragen geben. Auf dieser Grundlage der Empfangstheorie ist denn auch die Literatur über den Gesichtspunkt, unter dem die Bestimmung des „Zugehens" zu erfolgen hat, unter Ablehnung der Theorie des juristischen Besitzbegriffes nunmehr ziemlich einig geworden dahin, daß die Möglichkeit der Kenntnisnahme genügen soll. Es soll genügen, wenn die Erklärung in den Machtbereich des Adressaten gelangt ist, und es wird die Ausdehnung dieses Machtbereichs ausdrücklich auf den Regelfall abgestellt.

Auf die für das Wirksamwerden einer Erklärung außerdem noch in Betracht kommenden Fragen: daß das Zugehen nicht gegen den Willen des Erklärenden erfolgt sein darf, daß die Tätigkeit des Erklärenden der Willenserklärung die Richtung auf den Empfänger geben oder, wie es auch bezeichnet wird, die Erklärung adressieren muß, daß der Empfänger geschäftsfähig sein muß usw., ist hier natürlich nicht näher einzugehen. Es handelt sich lediglich darum, in welchem Sinne das BGB. das Zugehen als das geeignetste Moment für das Wirksamwerden einer Willenserklärung unter Abwesenden bestimmt hat, und diesen Sinn erhalten wir, wie eben gesagt, von dem Gesichtspunkt des Gelangens der Erklärung in den Machtbereich des Erklärungsgegners. Dabei geht man einerseits von der Tatsache aus, daß die Folge einer ordnungsmäßigen Adressierung unter regelmäßigen Verhältnissen auch die Ankunft der Willenserklärung in den Machtbereich des Erklärungsempfängers sein wird, andererseits hat sich die Anschauung gebildet, daß die Wohnung jedenfalls immer ein Teil des Machtbereichs des Inhabers ist. Demgemäß wird eine Willenserklärung unter Abwesenden dann als zugegangen angenommen, wenn der Erklärende die Willenserklärung durch eigene Tätigkeit so in den Machtbereich des Erklärungsgegners übermittelt hat, daß er „unter regelmäßigen Verhältnissen" Kenntnis nehmen konnte, und speziell ein Brief als dem Adressaten zugegangen angesehen, wenn er in dessen Abwesen-

heit in seiner Wohnung abgegeben wird, sei es daß er einem Hausgenossen übergeben oder in einen an der Wohnung angebrachten Briefkasten geworfen wird. Nach Verkehrsanschauung ist die briefliche Erklärung dadurch in den Machtbereich des Adressaten gekommen und wird ohne weiteres die Möglichkeit der Kenntnisnahme vorausgesetzt, wobei jedoch selbstverständlich etwaige außerhalb der Grenzen der regelmäßigen Verhältnisse liegende, dem Erklärenden bekannte, Umstände nach Treu und Glauben zu berücksichtigen sind.

Diese Auffassung entspricht auch durchaus der Billigkeit. Sache des Wohnungsinhabers ist es, für die in seiner Wohnung herrschenden Zustände Sorge zu tragen. Soweit es sich um Kaufleute handelt, nehmen manche sogar eine Pflicht des Kaufmanns an, dafür zu sorgen, daß für ihn eintreffende Briefe zu seiner Kenntnis gelangen, daß sie von jemand in Empfang genommen werden, der sie ihm zur Kenntnis bringt. So hat auch das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 15. April 1891 [20]) ausgesprochen, daß ein Kaufmann für den Fall seiner Abwesenheit die nötigen Maßregeln für seine Vertretung, insbesondere für die Empfangnahme der an ihn gerichteten Briefe zu treffen habe, und dies vollends dann, wenn er wisse, daß um die betreffende Zeit in dem Verhältnis zu einer bestimmten Person von dieser Mitteilungen zu erwarten seien. Die neueren Entscheidungen [21]) gehen zwar nicht mehr von einer direkten Verpflichtung des Erklärungsempfängers, für den richtigen Eingang von Mitteilungen besorgt zu sein, sprechen aber übereinstimmend aus, daß es nach der durch § 130 zur Herrschaft gelangten Empfangstheorie genügt, wenn derjenige, dem gegenüber eine Willenserklärung abgegeben wird, in eine Lage versetzt wird, die ihm unter gewöhnlichen Verhältnissen, wobei Krankheit, Abwesenheit von Hause und dergl. nicht in Betracht kommen, die Möglichkeit gewährt, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen. Im gleichen Sinne definiert Staudinger [22]): „Zugegangen ist die Willenserklärung dann, wenn die Möglichkeit ihrer Wahrnehmung durch den Adressaten empirisch begründet ist. Empirisch begründet nennen wir diejenige Möglichkeit, bei welcher von zufälligen Besonderheiten des Einzelfalles abgesehen und der der Lebenserfahrung entspre-

20) ERG. Bd. 24 S. 136.
21) Spez. RGE. vom 29. März 05 Bd. 60 S. 337, Jur. Woch. 05 S. 317.
22) 5./6. Aufl. S. 451.

chende Verlauf der Dinge als tatsächlich bestehend angenommen wird". So genügt es nach Theorie und ständiger Rechtsprechung in der Regel, daß der Brief in die Wohnung bezw. das Geschäftslokal des Adressaten gelangt ist, sei es daß er in der Wohnung an einen Familienangehörigen oder Dienstboten bezw. im Geschäftslokal an einen Geschäftsangestellten abgegeben oder in einen dort angebrachten Briefkasten geworfen wird. Hierauf beruht die Möglichkeit eines Rechtsverkehrs überhaupt und speziell auch der ganze Post- und Zustellungsverkehr (vgl. § 39 der Postordnung vom 20. März 1900 und die Bestimmungen der CPO. § 180 ff.).

Wenn aber das BGB. seine Bestimmung, daß eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, dann wirksam wird, wenn sie dem anderen zugeht, auf den Fall beschränkt, daß die Willenserklärung in Abwesenheit des anderen abgegeben wird, so fragt es sich andererseits: *Wann werden die Willenserklärungen unter Anwesenden wirksam?*

Das Gesetz hat es vermieden, in dieser Richtung irgend einen Grundsatz aufzustellen. Daß dies absichtlich geschah und warum dies geschah, ist in den Motiven [23]) und in den Protokollen [24]) ausgeführt. Die Motive sprechen ausdrücklich aus, daß Willenserklärungen, die in Anwesenheit des Erklärungsgegners erfolgen, in den Entwurf (§ 74) nicht einbezogen seien, und als in der zweiten Kommission ein Antrag auf Einbeziehung dieser Erklärungen unter die gesetzliche Regelung gestellt wurde, wurde dieser Antrag abgelehnt mit den Gründen der Motive, daß die Entscheidung der Frage, in welchem Zeitpunkte eine unter Anwesenden abgegebene Willenserklärung wirksam werde, sich in der Regel aus der Natur der Sache ergebe und eine Lösung der Zweifel, zu welchen einzelne besonders geartete Fälle Anlaß bieten könnten, sich generell nicht erreichen lasse, auch nicht Aufgabe der Gesetzgebung sei.

In dieser Hinsicht ist nun wohl mit *Planck* [25]) zu sagen, daß „aus der Natur der Sache" folgen würde, die Wirksamkeit regelmäßig davon abhängig zu machen, daß die Erklärung von der betreffenden Person vernommen wird. Auch *Zitelmann* [26]) hebt hervor, daß die Vernehmungstheorie logisch die einzig halt-

23) I 156. 24) I 69. 25) III. Aufl. Erl. 2 zu § 130.
26) A. a. O. S. 102 ff.

bare sei; denn der Zweck einer Erklärung sei es, dem anderen auch wirklich die Kenntnis davon zu verschaffen, die Kenntnis erhalte der andere aber nur, wenn er die Erklärung vernehme [27]). In diesem Sinne sind denn auch die Worte „aus der Natur der Sache" zweifellos aufzufassen; denn normaler Weise fällt bei Erklärungen unter Anwesenden das Abgeben, Zugehen und Kenntnisnehmen zusammen und demgemäß wird auch in der Regel die Wirksamkeit dieser Erklärungen von dem Vernehmen abhängen. Wenn aber andererseits ausdrücklich bemerkt wird, daß „besonders geartete Fälle" in dieser Richtung zu Zweifeln Anlaß bieten können, so wird damit doch deutlich darauf hingewiesen, daß jedenfalls „in der Regel" die Vernehmungstheorie Geltung habe, daß aber, soweit besonders geartete Fälle vorkommen, es der Wissenschaft überlassen sein solle, die für diese geltenden bezw. passenden Sätze zu finden.

Die Wissenschaft aber ist bis heute noch nicht zu einer allgemein anerkannten Auslegung in dieser Hinsicht gelangt, vielmehr gehen die Ansichten immer noch ziemlich auseinander.

Manche, übrigens wohl die meisten Autoren wollen gerade daraus, daß das BGB. einerseits für die Erklärungen unter Anwesenden nichts bestimmt hat, andererseits die Bestimmung des § 130 — und zwar mit vollem Bewußtsein und klar und unzweideutig — beschränkt hat auf Erklärungen unter Abwesenden, den Schluß ziehen, daß es die Willenserklärungen unter Anwesenden in ausdrücklichen Gegensatz habe stellen wollen zu denjenigen unter Abwesenden; der Gesetzgeber habe damit jede, auch eine analoge Anwendung des § 130 auf Willenserklärungen unter Anwesenden direkt ausschließen wollen; eine Norm, die durch einen so strikten Konditionalsatz eingeschränkt sei, könne, auch lediglich vom gesetzestechnischen Standpunkt betrachtet, nur Bestimmung für diesen einen Fall treffen, nicht aber etwa als Beispiel eines allgemeinen Prinzips gelten. Die Anhänger dieser Ansicht [28]) folgern demgemäß „aus dem Sinne des Gesetzes", daß für die Willenserklärungen unter Anwesenden die Vernehmungstheorie gelten müsse. Sie verlangen, daß der Adressat das Erklärte auch wirklich vernommen habe,

27) Vgl. auch Manigk a. a. O. S. 191: die Erklärung werde „zum Zwecke der Kundgebung" abgegeben.

28) Planck Nr. 2 zu § 130, Zitelmann Grundriß S. 96, Rehbein S. 122, Enneccerus-Lehmann S. 193.

folgen also für das Gebiet der Anwesenheitserklärungen nicht der Empfangs-, sondern schlechthin der strengeren Vernehmungstheorie. Auch Kipp [29]) ist offenbar dieser Ansicht, wenn er sagt: „Eine mündliche Erklärung kann nur dadurch zugehen, daß sie gehört und zwar auch verstanden wird".

Andere [30]) vertreten den Standpunkt, es sei durchaus kein Grund vorhanden, von der durch das Gesetz einmal eingeführten Empfangstheorie willkürlich in einem Punkte abzuweichen, diese sei daher auch schlechthin auf Willenserklärungen unter Anwesenden anzuwenden; auch bei diesen sei also nicht tatsächliche Kenntnisnahme seitens des Adressaten erforderlich, sondern genüge das bloße Zugehen an denselben. Dabei geht ein Teil [31]) der Anhänger dieser Ansicht sogar so weit, zu sagen, es genüge zum Wirksamwerden einer Willenserklärung, wenn die Erklärung in Anwesenheit des Adressaten erfolgt sei; der Beweis der Vernehmung werde in diesem Falle dem Erklärenden regelmäßig durch einen Erfahrungssatz abgenommen, insofern die Erfahrung lehre, daß das in Hörweite abgegebene Wort von dem Anwesenden, wenn er nicht gerade Taubheit nachweise, auch vernommen werde, während der andere Teil [32]) wenigstens die Möglichkeit des Vernehmens auf Seite des Adressaten verlangt. So versteht auch hier Staudinger [33]) unter dem Zugehen die empirisch begründete Möglichkeit der Wahrnehmung durch den Adressaten.

Die Durchführung dieser zweiten Ansicht und zwar sowohl in ihrer strengeren als in ihrer milderen Auffassung würde aber offenbar zu unbilligen Konsequenzen führen. Mit Grund weist namentlich Planck [34]) darauf hin, daß ein dem „Zugehen" ähnliches Verhältnis unter Anwesenden nicht bestehe. Soll das Zugehen in dem oben erörterten Sinne auch für die Erklärungen unter Anwesenden genügen, so müßte man nach der strengeren Auffassung sagen, zu ihrer Wirksamkeit genüge überhaupt schon deren Abgabe in Gegenwart des Adressaten ohne jede Rücksicht darauf, ob derselbe ver-

29) A. a. O. I § 72 S. 294.

30) Bes. Hölder Komm. Nr. 2 zu § 130, Koppers in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 225. 31) Spez. Hölder a. a. O.

32) Isay a. a. O. S. 93 und 94, Endemann § 66 Nr. 4, Gareis § 130, II, Manigk S. 333 f.

33) 5./6. Aufl. S. 392 f. u. S. 450, 1. 34) Nr. 2 zu § 130.

nimmt oder nicht; es müßte sogar konsequenterweise eine einem Tauben gegenüber abgegebene Erklärung als zugegangen anzusehen sein. Nun ist aber heute darüber ernstlich wohl kein Streit mehr und gilt für alle empfangsbedürftigen Willenserklärungen, daß von einem Zugehen keine Rede sein kann, wenn der Erklärende weiß oder wissen muß, daß dem Adressaten — z. B. eben wegen Taubheit — die Möglichkeit der Wahrnehmung fehlt. Nach der milderen Auffassung müßte die Erklärung jedenfalls dann als zugegangen gelten, wenn sie nur vernehmbar ist und einem zu hören Fähigen abgegeben wird, auch wenn dieser sie wegen eines Lärmes, Geräusches oder irgend welcher Ablenkung durch einen Dritten nicht vernehmen kann, in weiterer Konsequenz aber auch dann, wenn der Empfänger nicht aufpaßt oder sich die Ohren zuhält. Diese Ansicht wird in neuester Zeit auch von Koppers[35]) und scheinbar auch vom Reichsgericht in einer Entscheidung vom 24. Juni 1905[36]) vertreten, während ihr andererseits Breit[37]) und Oertmann[38]) energisch entgegentreten. Besonders letzterer bekämpft die Ansicht, daß das bloße Abgeben einer Willenserklärung in Gegenwart eines anderen schon „Zugehen" sein könne, indem er ausführt: der Empfang (das Zugehen) einer Willenserklärung sei nicht deren eigener Bestandteil, sondern ein zur Erklärung hinzukommendes weiteres Tatbestandsmoment. Indem aber das Gesetz ein Zugehen der Erklärung fordere, erachte es diese doch als das Objekt des Zugehens. „Zugehen" könne also nur etwas sinnlich Wahrnehmbares, real Vorhandenes, mit anderen Worten, nicht die Erklärung als Akt, sondern die Verkörperung der Erklärung durch Schriftzeichen oder sonstige Beurkundungsmittel; hiezu sei aber die mündliche Erklärung ihrer Natur nach völlig ungeeignet. Tatsächlich hat man in der Literatur, wenn als das Zugehen die empirisch begründete Möglichkeit der Kenntnisnahme bezeichnet wurde, unter dieser Möglichkeit stets etwas Objektives verstanden, ein zum Gegenstand des späteren Zugehens fähiges Substrat. Man dachte zunächst immer an den Brief, der auch dann als zugegangen anzusehen ist, wenn er nur in den Briefkasten des Adressaten geworfen war, und der so das überall wiederkehrende Beispiel für das

35) A. a. O. S. 225.
36) Jur. Woch. 05 S. 488.
37) A. a. O. S. 652 ff.
38) A. a. O. S. 724.

verkehrsmäßige Gelangen in den Machtbereich des Adressaten bildet. Als dann der Begriff des Zugehens auch auf Erklärungen unter Anwesenden auszudehnen versucht wurde, verstand man darunter etwas ganz anderes, ein mehr subjektives Moment, das Moment der auf Seite des Adressaten vorhandenen Erkenntnismöglichkeit. Der Begriff war also nicht mehr auf einen Vorgang, sondern auf die Persönlichkeit des Empfängers abgestellt [39]). Es erscheint nun aber in der Tat nicht gerechtfertigt, diesen neuen Begriff mit dem „Zugehen" im Sinne des § 130 zu identifizieren, vielmehr geboten, sich auf den Standpunkt zu stellen, daß die Empfangstheorie für Willenserklärungen unter Anwesenden nicht anwendbar ist, eben weil der Begriff des Zugehens auf sie nun einmal nicht paßt. Reichau bezeichnet dies zwar als einen Trugschluß; nicht recht verständlich aber ist seine Begründung, in welcher er doch wieder den „neuen" Begriff des Zugehens für die Erklärungen unter Anwesenden in Gegensatz stellt zu dem Zugehen im Sinne des Gesetzes und zu dem Schlusse kommt, daß bei Willenserklärungen unter Anwesenden der Moment des Empfanges zwar praktisch mit dem des Vernehmens zusammenfalle, daß aber logisch der im Gesetz begründeten Empfangstheorie zu folgen sei. Wenn einmal zuzugeben ist, daß der Moment des Empfanges tatsächlich mit dem des Vernehmens zusammenfällt, dann darf man auch logisch die Vernehmungstheorie anerkennen. Tatsächlich ist auch bei Erklärungen unter Anwesenden, bei denen Abgabe und Empfang zweifellos zusammenfallen, ein Unterschied zwischen Empfang und Vernehmung jedenfalls hinsichtlich des Zeitpunktes nicht denkbar. Denn wenn die Erklärung überhaupt vernommen wird, kann dies nur geschehen im Augenblick der Abgabe und des Empfanges d. i. der Möglichkeit der Vernehmung; darin liegt gerade das Wesen der mündlichen Erklärung, daß sie, wie schon oben angezogen, „nicht vermittelt wird durch einen ihrer Abgabe nachfolgenden Vorgang". Das gesprochene Wort verhallt und entzieht sich, wenn es nicht im gleichen Augenblick vernommen wird, für immer der Kenntnisnahme.

Hienach werden wir für die Willenserklärungen unter Anwesenden im allgemeinen und zwar in Anlehnung an den Wortlaut des § 130 den Grundsatz aufstellen dürfen: „Eine Willenserklärung,

39) Reichau a. a. O. S. 17 f.

die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Anwesenheit abgegeben wird, wirksam, wenn der andere sie vernimmt". Für sie gilt grundsätzlich die Vernehmungstheorie und zwar im Sinne des wirklichen Vernehmens auf der Gegenseite, nicht bloß im Sinne eines Vernehmenkönnens oder Vernehmenmüssens; bei ihnen tritt an die Stelle der Empfangsbedürftigkeit die Vernehmungsbedürftigkeit.

Und nun fragt es sich, ob und ev. inwieweit die von den Motiven hervorgehobenen, „besonders gearteten Fälle" eine Ausnahme von diesem Grundsatze erheischen.

Für diese Frage und zwar sowohl in der Richtung, welcher Art solche besonders gearteten Fälle sein können, als in der Richtung, ob auch für sie ein Prinzip sich aufstellen läßt, weisen uns gerade die Gründe, aus welchen das BGB. in § 130 die Vernehmungstheorie abgelehnt und die Empfangstheorie angenommen hat, den Weg. Diese Gründe beruhen, wie schon oben gesagt, lediglich auf praktischen Erwägungen und als solche werden namentlich ins Feld geführt: der für den Erklärenden zu schwierige Beweis der Vernehmung, die Gefahrtragung für die Erklärung über den eigenen Verfügungsbereich hinaus, das Unwirksambleiben derselben, trotzdem der Erklärende zu deren Wirksamwerden alles getan hat, was er tun konnte, die Bestimmung des Zeitpunktes des Wirksamwerdens nach einem äußerlich nicht erkennbaren Vorgange, die Unmöglichkeit des Erklärenden, über das Wirksamwerden seiner Erklärung sich zu vergewissern, und endlich die Möglichkeit absichtlicher oder fahrlässiger Verhinderung des Wirksamwerdens der Erklärung durch den Empfänger. Aus all diesen Gründen geht hervor, daß die Empfangstheorie vor allem bezweckt, den Erklärenden, der alles getan hat, was er tun konnte, um dem anderen Teile seine Erklärung zur Kenntnis zu bringen, vor dessen Willkür zu schützen, und daß dieser Schutz namentlich deshalb erforderlich erscheint, weil bei der in Abwesenheit des Empfängers abgegebenen Willenserklärung der Erklärende über die Vernehmung keine Kontrolle hat bezw. jedenfalls „in der Regel nur schwer über die Kenntnisnahme sich zu unterrichten vermag" [40]).

Bei der in Anwesenheit des Empfängers abgegebenen Willens-

40) Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach dtsch. bürgerl. Recht, I S. 238.

erklärung aber kommt dieser Gesichtspunkt nicht in Betracht. Bei Willenserklärungen unter Anwesenden sind beide Teile ohne weiteres in der Lage, sich zu vergewissern, ob der andere die Erklärung vernommen hat und ob diese also wirksam geworden ist. Er wird dies namentlich sofort wissen, wenn der andere entsprechend d. h. bejahend oder verneinend antwortet. Aeußert sich aber der andere nicht oder ausweichend und ist der Erklärende demgemäß im Zweifel, so kann er ihn ja noch einmal fragen. Sieht der Erklärende, daß der andere, weil gerade anderweit beschäftigt, nicht oder kaum zuhört, oder herrscht ein Lärm, der das Vernehmen auf der Gegenseite zweifelhaft macht, so erfordert sogar die Verkehrssitte, daß er sich erst noch darüber vergewissert. Unter Anwesenden wird sich so immer eine klare Rechtslage ergeben, worauf es, wie auch die Motive bemerken, für den Verkehr hauptsächlich ankommt, und so wird man bei Erklärungen unter Anwesenden auch mit der Vernehmungstheorie im Verkehr immer auskommen. Denn wenn der andere z. B. taub oder bewußtlos ist, so kann die Erklärung, da in diesem Falle schon die Möglichkeit der Vernehmung fehlt, auch nach der Empfangstheorie nicht wirksam werden. Enthält aber die Willenserklärung einen Vertragsantrag und ist der Offerent im Zweifel, ob der andere seinen Antrag vernommen hat, so weiß er jedenfalls das bestimmt, daß der Antrag erloschen und deshalb er selbst nicht mehr daran gebunden ist. Nach § 145 ist nämlich die einzige Folge des Antrags die Gebundenheit des Antragenden an den Antrag, es sei denn, daß er diese ausgeschlossen hat. Die Dauer der Gebundenheit ist aber nicht in das Belieben des Oblaten gestellt, vielmehr kann nach § 147 der Antrag nur „sofort" d. h. ohne jeden zeitlichen Zwischenraum (in absichtlichem Gegensatz zu dem sonst gebrauchten „unverzüglich" d. h. ohne schuldhaftes Zögern) angenommen werden.

Bei Willenserklärungen unter Anwesenden ist sodann schon nach dem Begriff der Anwesenheit d. h. der Möglichkeit eines sofortigen Gedankenaustauschs eine ungebührlich lange Gefahrtragung unmöglich, da Aeußerung und Vernehmung regelmäßig zusammenfallen, das Zeitmoment zwischen Abgabe der Erklärung und Vernehmung jedenfalls ein so kleines ist, daß es im Verkehr füglich außer acht bleiben kann. Damit ist aber zugleich auch der Zeitpunkt des Wirksamwerdens äußerlich erkennbar.

Wenn ferner der Erklärende im Streitfalle natürlich das Vernehmen auch beweisen muß, so ist bei Erklärungen unter Anwesenden, wobei die Parteien in Rede und Gegenrede sich gegenüberstehen, der dem Erklärenden eventuell obliegende Beweis doch nicht schwieriger, als der Beweis jeder anderen Tatsache. Uebrigens kann auch das Vorkommen einer schwierigen Beweislage für sich allein, wenn auch die Motive [41]) im vorliegenden Falle dies tun zu wollen scheinen, m. E. weder die Annahme der Empfangstheorie noch die Statuierung einer tatsächlichen Vermutung der Vernehmung, wie sie schon oben angedeutet wurde, rechtfertigen; das Gesetz verfolgt jedenfalls die Tendenz, nur das zu vermuten, was nach der Erfahrung des Lebens der Wirklichkeit entspricht. Immerhin aber wird die dem Richter überlassene freie Beweiswürdigung und die demgemäß im einzelnen Falle auf Grund der Lebenserfahrung von ihm zu ziehende Schlußfolgerung von einer Tatsache auf die andere den in Rede stehenden Beweis oft wesentlich erleichtern und so der Erklärende nötigenfalls auch immer wohl in der Lage sein, den Beweis der Vernehmung zu erbringen.

Hienach besteht hier weder in denjenigen Fällen, in denen infolge äußerer Einflüsse, noch auch in jedem Falle, in welchem aus einem in der Person des Adressaten liegenden Grunde die Vernehmung unterblieb, kein praktisches Bedürfnis, von dem Erfordernis der Vernehmung abzuweichen und seine Zuflucht zur Empfangstheorie zu nehmen.

Es kann also nur noch übrig bleiben der Fall, daß trotz der Möglichkeit der Vernehmung der Adressat die Erklärung böswillig oder fahrlässig nicht vernimmt, für welchen allerdings fast von allen [42]) Autoren, wie auch von den Motiven, eine Ausnahme von dem Erfordernis der Vernehmung als notwendig erachtet wird. Indem sie aber einig sind darüber, daß in diesem Falle der Erklärende gegenüber dem Gegner, der es in der Hand hat, sich der Erklärung zu entziehen, geschützt werden müsse, gehen sie darin auseinander, in welcher Weise dies geschehen kann; während die einen sagen, dies könne nur geschehen eben durch die Ausdehnung des § 130 auch auf Willenserklärungen unter Anwesenden, suchen die andern die Annahme der Wirksamkeit der Erklärung in solchem Falle aus irgend einem

41) I 157. 42) Anderer Meinung Koppers a. a. O., S. 232.

aus den Vorschriften des BGB. zu folgernden Grundsatze zu rechtfertigen. Auch hier gewinnen wir m. E. den richtigen Gesichtspunkt aus der richtig verstandenen Empfangstheorie, welche nur eine Modifikation der Vernehmungstheorie ist, geboten durch die billige Rücksichtnahme auf den Erklärenden, der sonst der Laune des Gegners völlig ausgeliefert wäre, und demgemäß nur ein Aushilfsmittel sein soll[43]), das man nicht ohne Not ergreifen soll. Daß nun eine solche Not unter Anwesenden nicht besteht, kann wohl ruhig gesagt werden. Im Falle absichtlichen Verhinderns des Wirksamwerdens eines Vertragsantrages würde sogar die Anwendung der Empfangstheorie für das Zustandekommen des Vertrages bedeutungslos sein, insofern in der Verhinderung nur eine schroffe Ablehnung der Offerte seitens des Oblaten zu erblicken wäre, jedenfalls der Wille, anzunehmen, auf seiner Seite fehlt. Aber auch für die übrigen empfangsbedürftigen Willenserklärungen besteht eine Not, den § 130 auf sie auszudehnen, auch dann nicht, wenn der Adressat nicht hören will und die Kenntnisnahme verhindert, indem er sich die Ohren zuhält oder den Erklärenden überschreit oder ihm die Türe vor der Nase zuschlägt, eben weil der Erklärende auch in diesen Fällen nicht im Ungewissen ist, vielmehr sofort weiß, daß seine Erklärung wirkungslos geblieben ist. Solchem Verhalten gegenüber aber läßt sich, wie wir später (in § 5) noch sehen werden, auf andere Weise begegnen, als durch die Empfangstheorie.

So haben wir gefunden, welcher Art die „besonders gearteten" Fälle sein können, und zugleich daß auch auf sie eine Ausdehnung der Empfangstheorie jedenfalls nicht nötig ist.

Vielfach finden wir nun aber in der Literatur noch einen Fall erwähnt, für welchen eine Ausnahme geboten sei, nämlich den Fall der schriftlichen Erklärung unter Anwesenden, den „ungewöhnlichen" Fall der Ueberreichung einer schriftlichen Erklärung unter Anwesenden. Allein auch dieser Fall bedarf m. E. keiner Ausnahme, da die Erklärung als unter Anwesenden erfolgt anzusehen sein wird, wenn der Erklärende die sofortige Kenntnisnahme seitens des Gegners wünscht, also haben will, daß derselbe das Schriftstück sofort liest und seinerseits sich sofort darauf erklärt, während andererseits, wenn nicht sofortige Kenntnisnahme beabsichtigt ist, der Erklärende vielmehr

43) Vgl. Biele r a. a. O. S. 12 im Anschluß an Titze a. a. O. S. 390.

das Schriftstück nur als sein eigener Bote dem Gegner überbringen will, eine übermittelte schriftliche Willenserklärung vorliegt, in deren Ueberreichung zweifellos ein nach § 130 ausreichendes Zugehen der Erklärung zu finden ist, ohne daß es auf wirkliche Kenntnisnahme vom Inhalt ankäme.

Wenn also der § 130 auch an sich einer extensiven Auslegung fähig [44]) ist und wenn auch eine für Willenserklärungen unter Anwesenden ebenso wie für diejenigen unter Abwesenden passende [45]) Definition des „Zugehens" zu finden ist, die Empfangstheorie also an sich auch auf die Erklärungen unter Anwesenden anwendbar wäre, so besteht nach dem Ausgeführten jedenfalls überall kein Bedürfnis hiezu und zwar eben nach dem Grundgedanken der Empfangstheorie als einer praktisch modifizierten Vernehmungstheorie.

§ 4.

Die Wirksamkeit der telephonischen Willenserklärung: Welche Grundsätze gelten für die telephonische Erklärung unter Anwesenden und welche für diejenige unter Abwesenden; ist speziell auf letztere der § 130 übertragbar oder welche besonderen Grundsätze gelten für sie?

I. Ausgehend einerseits von der Unterscheidung der telephonischen Willenserklärungen in solche unter Anwesenden und solche unter Abwesenden, andererseits von den eben erörterten Grundsätzen über die Wirksamkeit der Willenserklärung im allgemeinen werden wir nun zunächst leicht feststellen können, welche Grundsätze für die telephonische Erklärung unter Anwesenden gelten. Da auch bei ihr, wie wir gesehen haben, ein unmittelbarer mündlicher Verkehr stattfindet, so will uns schon das Gefühl sagen, daß sie dann auch rechtlich ebenso zu behandeln ist, wie die gewöhnliche mündliche Erklärung. Allein auch die vernünftige Interpretation des § 147 in Verbindung mit der richtigen Anwendung des § 130 führen uns zu diesem Resultat. Einerseits liegt der Schwerpunkt eben darin, daß eine unmittelbare mündliche Unterredung stattfindet, andererseits steht in Frage, ob auch hier das bloße Zugehen genügt bezw. ob man hier überhaupt von „Zugehen" sprechen kann. Bei der telephoni-

44) Manigk a. a. O. S. 333. 45) Manigk a. a. O. S. 311.

schen, wie bei der gewöhnlichen mündlichen Erklärung von Person zu Person kann, wie oben ausgeführt, nur mit der Abgabe die Vernehmung erfolgen, im gleichen Augenblick kann aber auch der Erklärende feststellen, ob die Erklärung wirklich vernommen wurde; für ein „weiteres, seinerseits nicht erklärungsartiges Tatbestandsmoment, das nach dem Gesetz erfüllt sein muß, damit die Erklärung Wirkungen zeitige“ [1]), eben das „Zugehen“, ist also hier einerseits kein Raum, andererseits kein Bedürfnis. Gerade bei der unmittelbaren mündlichen Erklärung ist, wie ebenfalls bereits oben ausgeführt wurde, der Erklärende dann, wenn Zweifel über die Vernehmung obwalten, stets in der Lage, unter Umständen sogar verpflichtet, durch Fragen sich hierüber zu vergewissern. Diese Möglichkeit und eventuelle Notwendigkeit besonderer Feststellung aber ist im Fernsprechverkehr ebenso gegeben, wie im gewöhnlichen mündlichen Verkehr, und zwar sowohl bezüglich der Erklärung selbst als in Hinsicht auf die sich gegenüberstehenden Persönlichkeiten. Sind die Parteien persönliche Bekannte, so werden sie sich sogar in der Regel sofort und ohne weiteres an der Stimme erkennen, jedenfalls aber läßt sich auch am Fernsprecher feststellen, ob der rechtmäßige Angebotsempfänger dem rechtmäßigen Angebotssteller gegenübersteht. Die einzige Einwendung, die gemacht werden kann und gemacht wird [2]), ist also lediglich die, daß der Erklärende den Gegner nicht sehen kann. Hiegegen bemerkt aber treffend schon Meili [3]), daß das entscheidende Gewicht sich beim Hörsinn befinde und daß das Auge keine Rolle spiele. Wohl ist ja zuzugeben, daß am Fernsprecher der Erklärende z. B. nicht sehen kann, ob der andere auch aufpaßt oder ob er an einem körperlichen oder geistigen Gebrechen bezw. vorübergehenden Defekt leidet z. B. nicht gut hört oder betrunken ist; ein Mißverständnis aber wird dadurch allein nicht behoben, daß die Parteien sich sehen können, sondern nur dadurch, daß sie sich genügend klar aussprechen. Dieses aber ist, wie gesagt, durch den Fernsprecher — abgesehen von in der Natur des Fernsprechers liegenden Gründen, worüber später (in § 6) noch die Rede sein wird, — ebenso gut möglich, wie bei körperlichem Sichgegenüberstehen. Soweit dies je nicht der Fall sein sollte, kann und muß eben der Er-

1) Oertmann a. a. O. S. 724.
2) Kohler a. a. O. Anm. 21. 3) A. a. O. S. 202.

klärende ev. durch entsprechendes und wiederholtes Fragen die dem Wesen des Fernsprechers anhaftenden Mängel auszugleichen suchen.

Hienach ist festzustellen, daß für die telephonischen Erklärungen unter Anwesenden dieselben Grundsätze gelten, wie für die gewöhnlichen mündlichen Erklärungen.

II. Nicht so leicht aber ist es, die richtige Lösung der Frage zu finden, welche Grundsätze für die telephonische Erklärung unter Abwesenden gelten, und doch ist diese Frage im praktischen Leben eine so wichtige, da es gerade im telephonischen Verkehr sehr häufig vorkommt, daß bei Willenserklärungen auf der einen oder der anderen oder auf beiden Seiten Mittelspersonen eintreten. Für diese Ausführungen kommt übrigens, wie hier gleich bemerkt sein soll, nicht die Abgabe, sondern nur die Entgegennahme von Willenserklärungen in Betracht, da gerade hier eigentümliche Schwierigkeiten sich ergeben. Da nun der § 130 ausdrücklich von der einem Abwesenden gegenüber abzugebenden Willenserklärung spricht, so lag es wohl am nächsten, diese Gesetzesvorschrift auch auf die telephonischen Erklärungen unter Abwesenden anzuwenden. Tatsächlich war denn auch die dahingehende Ansicht lange und weit verbreitet. Indem man davon ausging, daß das BGB. in § 130 jedenfalls für die Willenserklärungen unter Abwesenden allgemeine Vorschriften gegeben habe, nahm man keinen Anstand, diesen Paragraphen auch auf telephonischen Erklärungen unter Abwesenden auszudehnen, so daß diejenigen, welche die Willenserklärung mittels Fernsprechers überhaupt als solche unter Abwesenden betrachten, für sie natürlich schlechthin die Empfangstheorie in Anwendung bringen, indem sie in jedem Falle das Zugehen als das entscheidende Moment der Wirksamkeit der Erklärung betrachten [4]), dabei aber allerdings teilweise ausdrücklich bemerken, daß dieses Zugehen natürlich unter dem Gesichtspunkt der Mündlichkeit zu betrachten sei [5]). Demgemäß wurde in Literatur und Praxis der Satz aufgestellt, der Inhaber eines Fernsprechers müsse die von dritter Seite durch denselben abgegebenen Erklärungen als ihm zugegangen ansehen, auch wenn ein Unberufener sie entgegengenommen habe. So hat das Landgericht in Leipzig in einem Rechtsstreite diese Ansicht vertreten und zur Begründung etwa Folgendes ausgeführt: Wer sich einem

4) Neugebauer a. a. O. S. 49. 5) Reichau a. a. O. S. 36.

Fernsprechnetz anschließt, ladet damit seine Geschäftsfreunde und alle Teilnehmer am Fernsprechverkehr ein, zu ihren Mitteilungen an ihn sich des Fernsprechers zu bedienen, und bekundet, daß er umgekehrt dasselbe tun will. Es ist daher seine Sache, geeignete Vorkehrungen zu treffen, daß kein Unberufener in die Lage kommt, die für ihn bestimmten telephonischen Mitteilungen in Empfang zu nehmen. Jede Person, die an dem Apparate des Angerufenen erscheint und unter Nennung des Namens des Angerufenen sich in eine Unterredung einläßt, muß auch zur Entgegennahme von Erklärungen durch den Fernsprecher legitimiert sein. Mit ganz ähnlicher Begründung vertrat das Landgericht I Berlin in einem Urteil den Standpunkt, daß ein Geschäftsmann jedes in seinem Namen von seinem Geschäftslokal aus von einem seiner Angestellten geführte Gespräch gegen sich gelten lassen müsse. Vom gleichen Grundsatz ist das Hamburger Kammergericht ausgegangen in einem Streitfall, dem kurz der Tatbestand zugrunde lag, daß ein in einem kaufmännischen Geschäfte angestellter Kommis eine in Abwesenheit des Prinzipals von ihm zustimmend entgegengenommene telephonische Mitteilung diesem zu übermitteln vergessen hatte. Der Erklärende klagte auf Grund dieser Mitteilung gegen den Prinzipal auf Erfüllung und erstritt trotz der festgestellten Tatsache, daß dieser von der telephonischen Mitteilung lediglich keine Kenntnis hatte, ein obsiegendes Urteil.

Diese Entscheidungen konnten aber weder das natürliche Rechtsgefühl befriedigen noch der Natur des Fernsprechers gerecht werden.

Bei näherer Prüfung der Frage, ob der § 130 überhaupt auf Willenserklärungen mittels Fernsprechers übertragbar ist, stoßen wir vor allem auf die schon oben erwähnte Tatsache, daß das BGB. über diese nur eine einzige Bestimmung, die des § 147 Abs. 1 Satz 2, enthält und daß der Gesetzgeber bezüglich des Fernsprechverkehrs ausdrücklich weitere Vorschriften nicht geben wollte. Daraus geht hervor, daß der Gesetzgeber bei der Redaktion des § 130 den telephonischen Verkehr überhaupt nicht im Auge gehabt d. h. ihn absichtlich nicht miteinbezogen hat. Wäre an eine auch nur entsprechende Anwendung gedacht worden, so wäre dies wohl irgendwo und irgendwie in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gekommen. Jetzt einfach verallgemeinernd die telephonischen Erklärungen unter Abwesenden einzubeziehen, ist wohl nicht zulässig, vielmehr dürfen sie,

da im Gesetz nichts steht und zwar absichtlich nichts aufgenommen wurde, nach bekannter Auslegungsregel auch nicht ohne weiteres unter den § 130 subsumiert werden.

Dazu kommt aber namentlich die sehr in die Wagschale fallende Tatsache, daß der § 130 nach heute wohl allgemein anerkannter Interpretation nur für schriftliche Willenserklärungen Geltung haben soll und hat, nicht aber für mündliche. Einige Autoren [6]), welche das „Zugehen" im Sinne des § 130 definieren, sehen dieses dann als erfolgt an, wenn „das Schriftstück", „die schriftliche Erklärung" derart in den Besitz des Adressaten gelangt ist, daß er unter normalen Verhältnissen ohne weiteres von ihrem Inhalt Kenntnis nehmen kann. Aber auch diejenigen, welche dem Zugehen eine weitere Bedeutung beigelegt und speziell statt des Besitzbegriffes das Wort Machtbereich gewählt haben, lassen ihren Definitionen fast durchweg sofort den Beisatz folgen, daß es natürlich etwas anderes sei, wenn die Willenserklärung dem anderen Teile nicht durch schriftliche Mitteilung, sondern mündlich an ein Mitglied des Hausstandes übermittelt werde. Obwohl also an sich und nach Ansicht der meisten Autoren die nicht an den Adressaten selbst, sondern an eine Mittelsperson erfolgende mündliche Erklärung eine solche unter Abwesenden ist, soll doch der § 130 auf sie nicht Anwendung finden, eben weil sie eine mündliche ist.

Gerade im Hinblick auf diese Auslegung des § 130 wollen nun manche Autoren an Stelle der Unterscheidung des Gesetzes in Willenserklärungen unter Anwesenden und unter Abwesenden eine Scheidung nach dem Erklärungsmittel setzen und demgemäß in mündliche und schriftliche Willenserklärungen einteilen. So hat Koppers [7]), der diese Frage wohl zuerst aufgeworfen hat, darauf hingewiesen, daß die Begriffe Anwesenheit und Mündlichkeit einerseits, Abwesenheit und Schriftlichkeit andererseits sich so ziemlich decken bezw. vor Erfindung des Fernsprechers sich „nahezu gedeckt" haben, und das wesentliche Unterscheidungsmerkmal der mündlichen und schriftlichen Willenserklärungen darin erblickt, ob dem Erklärungsempfänger ein bleibendes Mittel gewährt ist, vermöge dessen er fortdauernd in der Lage ist, von dem Inhalt der Er-

6) Vor allem Titze a. a. O. S. 379 ff., dann Hellwig a. a. O. S. 356 ff. 7) A. a. O. S. 226.

klärung Kenntnis zu nehmen, oder ob die Möglichkeit der Wahrnehmung nur im Augenblick der Mitteilung gegeben ist. In gleichem Sinne hat dann namentlich Titze[8]) ausgeführt, das Schriftstück ermögliche, auch wenn es zunächst unbeachtet geblieben sei, dem Adressaten regelmäßig die nachträgliche Kenntnisnahme seines Inhalts (litera scripta manet), während das flüchtige Wort, sobald es verhallt sei, keinerlei Daseinsspuren hinterlasse, und von diesem Gesichtspunkt aus eine Unterscheidung der Willenserklärungen in solche, für deren Wirksamwerden eine Abweichung von der Vernehmungstheorie gemäß den Bedürfnissen des Verkehrs möglich ist, und solche, auf welche die Vernehmungstheorie immer angewendet werden muß, statuieren wollen. Dabei kam er zu dem Resultat, daß wegen der den Fällen der mündlichen Erklärungen im Vergleich zu den schriftlichen innewohnenden wesentlichen Verschiedenheiten für die ersteren der Begriff des Zugehens in dem bei schriftlichen Erklärungen maßgebenden Sinne nicht anwendbar sei. Sodann vertreten namentlich Breit[9]) und Oertmann[10]) die Ansicht, daß wir nur durch weiteren Ausbau der Scheidung zwischen schriftlichen und mündlichen Erklärungen das Anwendungsgebiet der Empfangs- und der Vernehmungstheorie im geltenden Recht sicher abgrenzen können, indem beide von dem Grundgedanken der „Verkörperung" der Erklärung ausgehen und Breit noch besonders ausführt, daß die Unterscheidung zwischen Erklärungen unter Anwesenden und unter Abwesenden im modernen Recht nichts weiter sei, als ein „rudimentärer Rest aus der Zeit der Stipulation". Während damals zum Vertragsabschluß die Anwesenheit notwendig gewesen sei, können bei der Formfreiheit des heutigen Rechts Verträge auch in Abwesenheit auf schriftlichem Wege abgeschlossen werden; für die schriftlichen Verträge aber liege kein Unterschied darin, ob sie in Anwesenheit oder in Abwesenheit zustande kommen. Auf der anderen Seite wird diese Einteilung mehrfach als in direktem Widerspruch mit dem § 130 stehend, als unbrauchbar und unannehmbar bezeichnet; so sagt namentlich Hölder[11]), diese Unterscheidung sei weder erschöpfend noch so wichtig, wie Titze annehme, und sie sei dem Gesetze fremd.

8) A. a. O. S. 379. 9) A. a. O. S. 646 ff. 10) A. a. O. S. 723 f.
11) „Zur Theorie der Willenserklärung", Festgabe für Degenkolb 05 S. 93 ff.

Es ist nun zwar nicht zu leugnen, daß die Einteilung der Erklärungen in mündliche und schriftliche auf den ersten Blick bestechend ist und auch tatsächlich manches für sich hat. Außer dem nicht zu unterschätzenden dauernden Charakter der schriftlichen Erklärung, der dem Adressaten die Möglichkeit jederzeitiger Kenntnisnahme gewährt, läßt speziell auch die Gefahr der Entstellung einer durch eine Mittelsperson mündlich zu übermittelnden Erklärung diese im Verkehr nicht gleichwertig erscheinen mit einer durch sie zu übermittelnden schriftlichen Erklärung. Es ist also auch in dieser Richtung die Rechts- bezw. Interessenlage des Adressaten im ersteren Falle eine andere als in dem letzteren und damit auch die Notwendigkeit rechtlich verschiedener Behandlung dieser beiden Tatbestände gegeben. Andererseits aber ist eine völlige Gleichstellung von Mündlichkeit und Anwesenheit, Schriftlichkeit und Abwesenheit doch nicht möglich. Wenn auch die schriftlichen Erklärungen als die Hauptfälle der Erklärungen unter Abwesenden zu bezeichnen sind, so gibt es eben doch auch mündliche Erklärungen unter Abwesenden, und die Erklärungen unter Anwesenden sind nicht ausnahmslos mündliche Erklärungen, es gibt, wie bereits oben erwähnt, auch schriftliche Erklärungen unter Anwesenden, bei denen auch noch der Fall vorkommen kann, daß die schriftliche Erklärung dem Anwesenden nicht überreicht, sondern nur vorgezeigt wird. Demnach würde also auch diese Einteilung nicht jeden Zwiespalt zu beseitigen vermögen. Es besteht aber auch tatsächlich kein Grund, von der Unterscheidung des Gesetzes abzugehen. Ganz abgesehen davon, daß bei der genauen Terminologie des BGB. es auch der Wissenschaft nicht gestattet ist, die Worte des Gesetzes ohne weiteres in einer vielleicht bequemer scheinenden Weise abzuändern, liegt auch lediglich kein Bedürfnis hiezu vor, da, selbst wenn der § 130 je hätte glücklicher gefaßt werden können, jedenfalls so viel anzuerkennen und anerkannt ist, daß die gewählte Fassung dem richtigen Verständnis und einer sachgemäßen Behandlung kein ernsthaftes Hindernis bereitet [12]). Es liegt speziell für die telephonischen Erklärungen ein Bedürfnis nicht vor, zumal wir diese selbst wieder einteilen in solche unter Anwesenden und solche unter Abwesenden.

Wenn wir also sowohl an der gesetzlichen Unterscheidung der

12) Oertmann a. a. O. S. 727.

Willenserklärungen überhaupt, wie auch speziell der telephonischen Erklärungen in solche unter Anwesenden und unter Abwesenden festhalten, andererseits aber auch daran nicht zu rütteln ist, daß der § 130 nur für schriftliche Erklärungen Geltung hat, so ergibt sich von selbst, daß er auch auf telephonische Erklärungen unter Abwesenden, die ihrer Natur nach ebenfalls nur mündliche sein können, nicht übertragbar ist.

Wenn es sich nun weiter fragt, welche besonderen Grundsätze dann für sie gelten, so mag zunächst noch einmal hingewiesen werden auf den Grund und die Berechtigung der Unterscheidung der Erklärungen in solche unter Anwesenden und unter Abwesenden, der, wie wir gesehen haben, darin liegt, daß bei Anwesenheitserklärungen der Erklärende in der Lage ist, mit eigenen Sinnen festzustellen, ob seine Erklärung ihr Ziel, die Kenntnisnahme durch den Gegner, erreicht hat oder nicht, während er bei Abwesenheitserklärungen nicht mehr zu tun vermag, als was nach menschlicher Voraussicht unter den gegebenen Umständen zum Ziele führen kann. In dieser Beziehung liegt nun bei den telephonischen Erklärungen unter Abwesenden die Sache so, daß der Erklärende zwar feststellen kann, ob die an Stelle des Adressaten eingetretene Mittelsperson vernommen hat, daß er aber eine Kontrolle darüber nicht hat, ob die Mittelsperson die Erklärung dann auch an den Adressaten weitergeben und diesem zur Kenntnis bringen wird.

Es kann sich also zunächst nur fragen, ob und eventuell inwieweit diese in der Person des Dritten erfolgende Vernehmung auch für bezw. gegen den wirklichen Adressaten wirkt und wirken kann. Nach den eigentlichen Grundsätzen des mündlichen Erklärens, die auf der strengen Vernehmungstheorie basieren, ist zur Wirksamkeit der Erklärung die Kenntnisnahme seitens des Adressaten nötig und zwar ebenso bei den mündlichen Abwesenheitserklärungen wie bei den mündlichen Anwesenheitserklärungen. Tatsächlich wird auch im gewöhnlichen mündlichen Verkehr von den meisten Autoren — nur wenige[13]) wollen auch bei mündlichen Abwesenheitserklärun-

13) Crome § 88, Endemann § 66, auch Fritze im Arch. f. bürg. Recht Bd. 14 S. 214, welcher eine Willenserklärung dann als zugegangen ansehen will, wenn sie in den Bereich der eigenen Sinne des Adressaten gelangt oder aber in den Kreis der Personen und Sachen, welche die nähere Umgebung und die Basis seiner Lebensführung bilden.

gen ein Zugehen genügen lassen — ein persönliches Gelangen der Erklärung an den Adressaten verlangt und eine Bestellung an Familienglieder und Bedienstete als unzulänglich verworfen; die in Abwesenheit des Adressaten einem Hausgenossen gegenüber abgegebene Erklärung wird nur dann wirksam, wenn dieser sie dem Adressaten auch wirklich zur Kenntnis bringt, während die Frage, in welchem Zeitpunkte sie wirksam wird, davon abhängt, als was die betreffende Mittelsperson im einzelnen Falle rechtlich anzusehen ist.

In neuerer Zeit hat man nun allerdings diese strenge Vernehmungstheorie in der Weise zu durchbrechen versucht, daß man bei mündlicher Uebermittlung der Erklärung an einen Hausgenossen in Abwesenheit des Empfängers ein Zugehen wenigstens dann annehmen wollte, wenn die betreffende Person zur Entgegennahme von Erklärungen „geeignet" sei, was bei erwachsenen Hausgenossen in der Regel anzunehmen sein werde. Diese schon von Hölder[14]) ausgesprochene Ansicht hat namentlich das Reichsgericht in der Entscheidung vom 29. März 1905[15]) vertreten. Von dem Begriffe des Zugehens im Sinne des § 130 und der entsprechenden ständigen Rechtsprechung[16]) ausgehend, daß es bei brieflicher Erklärung in der Regel genüge, wenn der Brief in die Wohnung des Adressaten gelangt sei, wird dort zunächst gesagt, daß die Sache nicht wesentlich anders liege, wenn die Erklärung in Abwesenheit des Empfängers einer dort anwesenden Person gegenüber zur Mitteilung an den Gegner mündlich abgegeben werde, dann aber als Unterschied hervorgehoben, daß in letzterem Falle an die Mittelsperson erheblich höhere Anforderungen gestellt werden, da die Gefahr bestehe, daß die Erklärung nicht richtig wiedergegeben werde. Es sei also notwendig, daß die Mittelsperson zur Wiedergabe der Erklärung geeignet sei; es reiche nicht, wie beim Briefe aus, daß sie in häuslicher Gemeinschaft mit dem Gegner stehe, sondern es müsse erhellen, daß sie die erforderliche geistige Fähigkeit besitze, um die mündliche Bestellung auch wirklich und richtig auszurichten. Sei aber die mündliche Erklärung dem Erklärungsgegner richtig mitgeteilt, dann stehe die Zuverlässigkeit des Erklärungsmittlers ebenso fest, wie die des brieflichen Mittels; dann aber sei auch kein Grund

14) Komm. Allg. Teil S. 293, DJZ. 01, S. 157.
15) ERG. Bd. 60 S. 337, Jur. Woch. 05 S. 317.
16) ERG. Bd. 50 S. 191, Bd. 56 S. 262, Bd. 58 S. 406.

ersichtlich für eine verschiedene Behandlung der übermittelten schriftlichen und mündlichen Erklärungen hinsichtlich der Frage, wann die Erklärung zugegangen sei.

Diese Entscheidung wird in der Literatur fast durchweg [17]) bekämpft und als irrig und unhaltbar bezeichnet. Soweit damit auch für die mündlichen Abwesenheitserklärungen schlechthin die Empfangstheorie eingeführt werden wollte, wie aus der ausdrücklichen Bezugnahme auf § 130 eigentlich zu folgern ist, kann ihr bei dem von uns verfochtenen Standpunkt natürlich ebenfalls nicht zugestimmt werden. In Wirklichkeit kann man aber hier wohl kaum von Anwendung der Empfangstheorie, wie sie sonst aufgefaßt wird, reden, denn in Konsequenz dieser Theorie würde es einmal nicht der Abgabe der Erklärung an eine in der Wohnung des Erklärungsgegners anwesende „geeignete" Person bedürfen, vielmehr müßte die Abgabe an jeden Familienangehörigen oder Dienstboten genügen, — außer der Betreffende würde offensichtlich in einem das Vernehmen ausschließenden Zustande sich befinden, — sodann müßte natürlich auch der Gesichtspunkt, auf den das Reichsgericht speziell abhebt, daß nämlich die mündliche Erklärung dem Adressaten wirklich und richtig mitgeteilt worden ist, in Wegfall kommen, es müßte vielmehr genügen, wenn sie „in den Kreis der Personen, welche die nähere Umgebung desselben bilden", gelangt wäre. Allein so weit geht das Reichsgericht nicht, es stellt vielmehr damit zwei Erfordernisse als Voraussetzung des Wirksamwerdens der in Abwesenheit des Erklärungsgegners in seiner Wohnung einem Hausgenossen gegenüber zur Mitteilung an den Gegner abgegebenen mündlichen Erklärung auf, die mit der Empfangstheorie lediglich nichts gemein haben. Tatsächlich ist auch daran festzuhalten, daß bei den mündlichen Erklärungen für den Begriff des Zugehens in dem bei schriftlichen maßgebenden Sinne kein Raum ist; die Abgabe der mündlichen Erklärung auch an einen „geeigneten" Hausgenossen kann noch nicht ebenso ein Gelangen in den Machtbereich des Adressaten bedeuten, wie die Abgabe eines Briefes in der Wohnung desselben. Der Briefkasten muß hergeben, was in ihn hineingeworfen ist, denn seine rezeptive Tätigkeit ist eine mechanische, und der an einen Hausge-

17) So namentlich von Hellwig a. a. O. S. 356, auch von Koppers in der DJZ. 06 S. 75.

nossen abgegebene Brief kann dem Adressaten nur so übermittelt werden, wie er abgegeben wurde. Die Person aber, welcher gegenüber die mündliche Erklärung zur Mitteilung an den Gegner abgegeben wird, kann, auch wenn sie an sich zweifellos „geeignet" erscheint und sonst durchaus zuverlässig ist, bei bestem Willen es auch einmal vergessen, die Bestellung auszurichten, auch ist bei ihr die Gefahr einer falschen Uebermittlung keineswegs ausgeschlossen. Wenn alles den erhofften regelmäßigen Verlauf nimmt, dann ist es im Erfolg allerdings ganz gleich, ob der Erklärungsgegner bei seiner Rückkunft nach Hause von seiner Frau den ihr zur Bestellung anvertrauten, die Erklärung enthaltenden Brief erhält oder ob ihm die Frau die mündliche Erklärung mündlich und richtig mitteilt. Allein es fehlt eben die Garantie, wie sie das Schriftstück, die schriftliche Erklärung gewährt, namentlich in der Richtung, daß bei der mündlichen Erklärung eben die Gefahr der nicht richtigen Uebermittlung besteht. Aus diesem Grunde hebt denn auch das Reichsgericht darauf ab, daß die mündliche Erklärung wirklich und richtig mitgeteilt wird.

Damit aber wird ausdrücklich Kenntnisnahme seitens des Adressaten, also Vernehmung verlangt. Allein auch von der Vernehmungstheorie aus erscheint die Entscheidung nicht haltbar. Daraus, daß zur Wirksamkeit der Erklärung deren wirkliche und richtige Mitteilung verlangt wird, muß doch eigentlich streng genommen gefolgert werden, daß, wenn die Erklärung nicht oder nicht richtig mitgeteilt wird, sie auch nicht wirksam werden kann. Dies ist nun allerdings dann richtig, wenn die Mitteilung überhaupt unterbleibt; in diesem Falle bleibt die abgegebene Erklärung eben ein leerer Schall. Dagegen sind Willenserklärungen, welche durch Mittelspersonen unrichtig übermittelt werden, nach den allgemeinen Grundsätzen keineswegs schlechthin unwirksam, sondern können nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen angefochten werden. Sodann aber soll nach dieser Entscheidung dann, wenn die mündliche Erklärung wirklich und richtig mitgeteilt wird, diese entgegen den Grundsätzen der Vernehmungstheorie nicht erst mit dem Augenblick der Vernehmung d. h. der Mitteilung an den Gegner wirksam werden, sondern schon im Zeitpunkte der Erklärung an die Mittelsperson als ihm zugegangen gelten und diese rückwirkende Kraft lediglich darauf gestützt werden, daß die Erklärung einer zur Wiedergabe derselben „geeigneten" Mittelsperson gegenüber abgegeben wurde.

Wie soll nun eine solche Abweichung von der Vernehmungstheorie zu rechtfertigen sein? Je mehr wir uns bemühen, an der Hand des gegebenen Tatbestandes auf gesetzlicher Grundlage, im Wege der Analogie oder in den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, eine Begründung für die Datierung der richtig übermittelten Erklärung von dem Zeitpunkt ab, in welchem sie der Mittelsperson gegenüber abgegeben wurde, zu finden, desto mehr Widersprüchen und Schwierigkeiten begegnen wir. Das Reichsgericht stellt lediglich ab einmal auf die subjektive Fähigkeit der Mittelsperson, die Erklärung wieder- oder weiterzugeben, sodann auf die Tatsache der nachfolgenden richtigen Mitteilung. Wenn nun diese Fähigkeit nachträglich dadurch festgestellt werden soll, daß die Erklärung an den Adressaten weitergegeben wird, so bedurfte es doch des Erfordernisses einer besonderen geistigen Fähigkeit nicht. Denn auch ein Kind und ein Geisteskranker sind möglicherweise imstande, den Inhalt einer ihnen gegenüber abgegebenen Erklärung dem Adressaten richtig mitzuteilen; tun sie dies, so wäre damit im gegebenen Falle auch ihre Fähigkeit festgestellt. Soll aber trotz des richtigen Ausrichtens der Erklärung die Rechtsfolge der rückwirkenden Kraft derselben doch noch davon abhängen, daß die Mittelsperson wirklich auch die erforderliche geistige Fähigkeit besitze bezw. besessen habe, so müßte im Streitfall ein solcher Nachweis geradezu unübersehbare Schwierigkeiten und unter Umständen große Unannehmlichkeiten zur Folge haben.

Die Entscheidung wird auch nicht verständlicher, wenn wir uns fragen, ob alle empfangsbedürftigen Willenserklärungen oder nur einzelne und eventuell welche dadurch, daß sie mündlich einem zur Wiedergabe geeigneten Hausgenossen gegenüber abgegeben und von diesem an den Adressaten richtig weitergegeben werden, von selbst und unter Ausschaltung eines Genehmigungsrechts des Adressaten als ihm im Zeitpunkt der Erklärung an den Hausgenossen zugegangen zu gelten haben und ob der Erklärende, der diese Form der Uebermittlung gewählt hat, die Erklärung von der Abgabe an die Mittelsperson gegen sich gelten lassen muß in der Weise, daß bloß der Erklärungsempfänger sich auf das erfolgte „Zugehen" soll berufen dürfen, während der Erklärende selbst für sich daraus keine Rechte und Ansprüche soll ableiten können. Nach meiner Ansicht können Rechte und Ansprüche des Erklärenden in solchem Falle erzeugt

werden, jedoch nur, wenn es sich z. B. um die Erklärung der Annahme eines Vertragsantrags handelt und auch in diesem Falle nur, wenn und soweit eine spezielle Verpflichtung zur Entgegennahme der Erklärung vorliegt und eine Verständigung auf andere Weise nicht möglich ist, für welchen Fall übrigens, wie wir später noch sehen werden, besondere Wege zum Schutze des Erklärenden offenstehen. Dagegen gibt es, wie wir schon oben (in § 1) gesehen haben, empfangsbedürftige Willenserklärungen wie z. B. die Kündigung, bei welchen ein besonderes Maß von Sicherheit für den Gegner erfordert wird. Aus einer lediglich einem Hausgenossen gegenüber erklärten Kündigung wird also der Erklärende Ansprüche nicht schlechthin geltend machen können, auch wenn ihm diese noch innerhalb der Kündigungsfrist mitgeteilt wurde und auch die Voraussetzung der erforderlichen geistigen Fähigkeit des Hausgenossen gegeben ist. Jedenfalls könnte eine solche Kündigung, wie aber nach der Begründung des Reichsgerichts ebenfalls anzunehmen wäre, dann nicht wirksam werden, wenn der an sich „geeignete" Hausgenosse sie zu spät, vielleicht erst nach Wochen ausrichtet; würde auch in solchem Falle die Kündigung rückwirkende Kraft erlangen, so wäre das, wie Hellwig[18]) mit Recht sagt, nichts anderes, als eine völlige Aufhebung der Sicherheit des Verkehrs. Nach § 180 ist gegenüber einem nichtlegitimierten Vertreter die Vornahme eines einseitigen Rechtsgeschäfts grundsätzlich unzulässig, sie wird nur im Falle des Einverständnisses desselben mit der ihm gegenüber erfolgenden unberufenen Geschäftsvornahme genehmigungsfähig. Wollte also der Erklärende ohne eine Genehmigung des Adressaten Ansprüche für sich ableiten, müßte er Vollmacht des Hausgenossen behaupten und beweisen können. Ebenso wird die Sache aber auch auf Seite des Adressaten liegen. Es ist überall nicht ersichtlich, inwiefern der Erklärungsempfänger rückwirkende Kraft einer Erklärung für sich soll beanspruchen können, wenn ein genehmigungsfähiges Geschäft gar nicht vorliegt und die Erklärung tatsächlich einem Nichtlegitimierten gegenüber abgegeben wurde. Auch er kann Rechte und Ansprüche nur erlangen, wenn entweder seinerseits nachträgliche Genehmigung der Vertretung durch die für ihn eingetretene Mittelsperson hinzukommt oder diese bereits zurzeit der Abgabe der Erklärung an sie irgendwie bevollmächtigt war.

18) A. a. O. S. 357.

Im vorliegenden Falle lag aber weder ausdrückliche Vollmacht noch sonstwie begründete Stellvertretung des Hausgenossen vor, die Entscheidung spricht ja selbst von einer „Mittelsperson". Es kann also auch nicht in Frage kommen, ob das „Geeignetsein" etwa in dem Sinn zu verstehen wäre, daß eine in der Verkehrssitte begründete präsumtive Vollmacht der Hausgenossen, insbesondere der Ehefrau oder der erwachsenen Kinder im Hause zur Entgegennahme mündlicher Willenserklärungen anzunehmen wäre. Tatsächlich besteht auch eine solche präsumtive Vollmacht überall nicht; häufig wird sogar der Hausherr mit der mündlichen Abgabe wichtiger Erklärungen an seine Hausgenossen durchaus nicht einverstanden sein, sei es daß er selbst sie nicht für genügend zuverlässig hält, sei es daß sie auch nicht alles wissen sollen. Andererseits kann auch der gute Glaube [19]) desjenigen, der in Abwesenheit des Hausherrn eine diesem gegenüber abzugebende Erklärung an einen Hausgenossen, der sich hiezu bereit gefunden hat und kraft seiner Stellung im Hause ihm als geeignet erschien, abgegeben hat und mit diesem Augenblick die Erklärung als rechtswirksam abgegeben ansieht, die Wirksamkeit derselben nicht begründen. Dieser Glaube oder vielmehr dieser Laienirrtum ist allerdings weit verbreitet, vielfach wohl auch verbunden mit der mehr oder minder deutlichen Vorstellung, daß die betreffenden Hausgenossen zum Erklärungsempfang legitimiert seien.

In Wahrheit sind bezüglich der Stellung der Mittelsperson zwei Möglichkeiten vorhanden: Entweder wird die Erklärung dem Dritten zu dem Zwecke gemacht, daß er sie als Bote des Erklärenden dem Adressaten übermittelt, oder der Dritte, dem gegenüber die Erklärung abgegeben wird, fungiert zwar als Vertreter, hat aber keine Vertretungsmacht. Im ersteren Falle wird die Erklärung erst wirksam in dem Zeitpunkte, in welchem sie der Bote dem Adressaten tatsächlich übermittelt, und kann niemals rückwirkende Kraft haben; im zweiten Falle aber hängt die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts von der Genehmigung des Vertretenen ab, welche ausdrücklich oder stillschweigend gegeben werden kann und z. B. darin liegt, daß der Adressat sich auf die an den Vertreter abgegebene Erklärung beruft.

Da nun im ersteren Falle die Erklärung unmöglich schon im

19) „Der Schutz des guten Glaubens", bemerken die Motive, „ist kein allgemeines Rechtsprinzip".

Zeitpunkte der Erklärung an die Frau als dem Manne zugegangen gelten kann, läßt sich die in Frage stehende Entscheidung des Reichsgerichts nur dann aufrecht erhalten, wenn man annimmt, daß die Frau als Empfangsvertreterin ohne Vollmacht funktioniert habe. Ist die Mittelsperson damit einverstanden, daß auch ohne Vertretungsmacht die Erklärung an sie abgegeben wird, und gewillt, im Namen des eigentlichen Adressaten die Erklärung anzunehmen, so hängt die Wirksamkeit von der Genehmigung des Vertretenen ab; wird diese erteilt, so wirkt sie zurück auf die Zeit der Abgabe der Erklärung an den Vertreter. Ob der Erklärende hiebei den Mangel der Vertretungsmacht gekannt hat oder nicht, ist nur für den Widerruf von Bedeutung; kannte er den Mangel nicht, so kann er bis zur Genehmigung nach § 178 widerrufen, wußte er aber, daß der Vertreter keine Vertretungsmacht besaß, so hat der Vertretene es in der Hand, trotz ihm oder dem Vertreter zugegangenen Widerrufs die an den Vertreter abgegebene erste Erklärung zu genehmigen.

Ob nun ein entsprechender Wille der Frau in concreto anzunehmen war, ob er vielleicht sogar generell in derartigen Fällen, in denen keine Zurückweisung der Erklärung erfolgt, unterstellt werden darf, mag offenbleiben.

Diese Grundsätze gelten natürlich auch für die telephonischen Willenserklärungen unter Abwesenden. Auch bei diesen ist zunächst davon auszugehen, daß mit der Abgabe der Erklärung an eine für den wirklichen Adressaten eintretende Mittelsperson die Erklärung nicht auch bereits gleichzeitig dem Adressaten zugegangen sein kann. Eine mündliche Erklärung durch den Fernsprecher nimmt der Hörende in seinen eigenen Geist auf und darauf erstreckt sich der Macht- oder Herrschaftsbereich eines anderen nicht; sie ist dem Adressaten daher erst dann zugegangen, wenn er tatsächlich Kenntnis davon erhält und zwar infolge einer selbständigen Tätigkeit der Mittelsperson. Dagegen wird es gerade bei den telephonischen Erklärungen vor allem darauf ankommen, die Begriffe des Stellvertreters und der Mittelsperson richtig abzugrenzen, und gerade in dieser Richtung finden wir in der Literatur noch große Unklarheit. Zwar ist für die telephonischen Erklärungen heute überall in Literatur und Rechtsprechung — unter Ablehnung des Standpunktes der bereits oben erwähnten Gerichtsentscheidungen, daß auch ein Unberufener zur Entgegennahme von Erklärungen durch den Fernsprecher für den

Inhaber desselben legitimiert erscheinen müsse, und unter offenbar absichtlicher Ignorierung des Moments der geistigen Fähigkeit der Mittelsperson — die Auffassung durchgedrungen, daß, wie in Abwesenheit des Prinzipals bindende Geschäfte für diesen nur durch einen hiezu Befugten abgeschlossen werden können, so auch die Empfangnahme von Willenserklärungen an Stelle des Adressaten nur durch einen „Befugten" erfolgen könne. Wer aber als ein „Befugter" anzusehen ist und zu gelten hat, darüber gehen die Ansichten noch sehr auseinander.

In dieser Richtung beschränken sich in der Literatur einige Autoren darauf, festzustellen, daß noch nicht jeder, der den Fernsprecher mit Fug bediene, damit auch befugt sei, namens des Prinzipals in für diesen verbindlicher Weise Erklärungen abzugeben oder entgegenzunehmen. So führt z. B. das Oberlandesgericht Hamburg in einer Entscheidung vom 21. Dezember 1903 [20]) aus: es könne ja dem Inhaber eines Telephonanschlusses sehr angenehm sein, wenn z. B. bei Abwesenheit jeglichen kaufmännischen Personals der Lehrling oder eine sonstige untergeordnete Dienstperson auf den Weckruf des Fernsprechers erwidern, daß augenblicklich niemand zugegen sei, daß der Prinzipal oder dessen Vertreter erst gerufen werden müsse oder dann und dann wieder zu erwarten sei; aber namens des Prinzipals verbindliche Erklärungen abzugeben oder entgegenzunehmen, dazu sei eine solche Person nicht befugt und könne auch nicht dafür gehalten werden, denn es sei nicht abzusehen, weshalb ein Gespräch mit einem beliebigen Angestellten eines Geschäfts dadurch eine für den Prinzipal verbindliche Bedeutung soll gewinnen können, daß es statt von Angesicht zu Angesicht mittels Fernsprechers geführt wurde.

Präzisere Stellung zu dieser Frage hat das Reichsgericht in der Entscheidung vom 17. Juni 1905 [21]) genommen, indem es sagt, als ein Befugter sei in der Regel jeder kaufmännische Angestellte eines Geschäfts anzusehen. Die Entscheidung führt des Näheren aus: ein Kaufmann, der in seinem Kontor eine Fernsprecheinrichtung unterhalte, gestatte damit auch, sie zu geschäftlichen Kundgebungen an ihn zu benützen; für eine ihm gegenüber abzugebende, aber in sei-

20) In „Gesetz und Recht" Bd. V, S. 202, S.A. neue dritte Folge Bd. 4 S. 198.

21) ERG. Bd. 61 S. 127, Jur. Woch. 05 S. 488.

ner Abwesenheit abgegebene Willenserklärung sei also das Zugehen maßgebend, dieses sei in dem Zeitpunkte gegeben, in welchem er in eine Lage versetzt sei, die unter regelmäßigen Verhältnissen ihm die Möglichkeit gewähre, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen; im allgemeinen sei daher anzunehmen, daß, wie eine briefliche Erklärung in der Regel mit der Abgabe des Briefes an eine empfangsbefugte Person in der Wohnung oder im Geschäftslokal des Adressaten als diesem zugegangen gelte, so eine an das Kontor eines Kaufmanns in seiner Abwesenheit ergehende telephonische Erklärung ihm in dem Zeitpunkte zugehe, in welchem sie von einem dazu Befugten, als welcher in der Regel jeder kaufmännische Angestellte des Kontors anzusehen ist, entgegengenommen werde.

Auch dieser Entscheidung des Reichsgerichts ist in der Literatur vielfach entgegengetreten worden, indem teils ins Feld geführt wurde, daß der Ausdruck „befugt" sich nur auf das Innenverhältnis des Dritten zum Adressaten beziehe, daß aber dieses von der Vollmacht begrifflich streng zu scheiden sei, teils darzutun gesucht wurde, daß mit dem Ausdruck „Befugnis" ebensowenig gesagt sei, wie mit der von Planck[22]) für die Hausgenossen nach der Auffassung des Verkehrs in Anspruch genommenen „Ermächtigung"[23]), und daß hier wie dort keineswegs an eine Vollmachterteilung zu denken sei, und die Theorie vom „Empfangsboten" aufgestellt wurde. So führt z. B. Staudinger[24]) aus: wenn auch nach der Vorschrift der §§ 164 Abs. 3, 165 unbestreitbar eine passive, in der Entgegennahme fremder Willenserklärungen bestehende, Stellvertretung anzuerkennen sei, so nötige dies noch keineswegs dazu, in allen Fällen, in welchen die Entgegennahme einer Willenserklärung durch einen anderen als den Adressaten befugter Weise erfolge, eine passive Stellvertretung anzunehmen, vielmehr werde sehr häufig der Fall unselbständiger Beihilfe zum Geschäftsabschlusse, also eine passive reine Interessenvertretung, gegeben sein und derjenige, welcher die Willenserklärung entgegennimmt, wie ein Empfangswerkzeug des Adressaten nach Analogie des Boten zu betrachten sein (sog. Empfangsbote). Dernburg[25]) meint sogar, der Dritte bleibe Gehilfe, wenn er auch beauftragt werde, die Erklärung an Stelle des wirk-

22) A. a. O. S. 234.
23) Reichau a. a. O. S. 23.
24) A. a. O. S. 553.
25) Pand. 7. Aufl. I, S. 273.

lichen Adressaten in Empfang zu nehmen, weil er einen geistigen Anteil an dem Rechtsgeschäfte nicht habe.

Allein diese Einwendungen können m. E. überall nicht stichhaltig erscheinen. Denn ganz abgesehen davon, daß der Dritte einen geistigen Anteil bei der bloßen Entgegennahme einer Willenserklärung niemals zu haben braucht, weil diese an und für sich betrachtet eine rein sinnliche Wahrnehmung durch den Gehörsinn ist, bei der der Wille des Hörenden keine Rolle spielt, ist doch zweifellos zu sagen, daß, wenn jemand einen Dritten zur Empfangnahme der Erklärung „bestellt" oder „beauftragt", mit derselben „betraut", ihn „anweist", am Fernsprecher zur Entgegennahme von Willenserklärungen bereit zu stehen, darin doch nichts anderes liegen kann, als eine Bevollmächtigung zum Erklärungsempfang. Wie soll sich denn der Tatbestand der Bestellung zum Empfangsboten von demjenigen der Bestellung zum Stellvertreter im Erklärungsempfang, wie sollen sich die beiderseitigen Rechtswirkungen unterscheiden?

Auch wenn jemand nur zur Bedienung des Telephons angestellt wird, dürfte das häufig die Bedeutung einer Bevollmächtigung zum Erklärungsempfang haben. Hier kann sich auch anderes aus den Umständen ergeben. Es finden sich zahlreiche Angestellte, die nur die Weisung haben, sobald es sich um rechtsgeschäftliche Erklärungen handelt, legitimierte Personen herbeizurufen oder dem Anrufenden die Mitteilung zu machen, daß zurzeit niemand zugegen sei, mit dem er verhandeln könne.

Ist somit der sog. Empfangsbote grundsätzlich nichts anderes als ein Stellvertreter im Erklärungsempfang und nur als solcher zum Entgegennehmen von Erklärungen befugt [26]), so kann es auch im Fernsprechverkehr, bezüglich dessen das Reichsgericht doch schwerlich von den allgemeinen Vertretungsgrundsätzen abweichendes Recht statuieren will, nicht darauf ankommen, ob der an Stelle des Adressaten am Fernsprecher Erscheinende in irgend welcher näheren häuslichen Beziehung zu dem Adressaten steht oder ob er vermöge seiner geistigen Fähigkeiten mehr oder weniger geeignet erscheint oder ob er im gewöhnlichen Leben als eine mehr oder weniger zuverlässige Person anzusehen ist, um ihn als zur Ent-

26) S. auch Hellwig a. a. O. S. 357, Rehbein Komm. S. 251; anderer Ansicht Hölder, wenigstens nach seinem Standpunkt in der Festgabe für Degenkolb S. 102.

gegennahme rechtsgeschäftlicher Erklärungen befugt gelten zu lassen, vielmehr ist hiezu entweder gesetzliche Vertretungsmacht oder Vollmacht nötig. Lediglich von in letzterer Richtung geltenden allgemeinen Grundsätzen aus ist der vom Reichsgericht aufgestellte Satz, daß als ein Befugter in der Regel jeder kaufmännische Angestellte eines kaufmännisch betriebenen Unternehmens anzusehen sei, zu beurteilen und ohne weiteres davon auszugehen, daß das Reichsgericht damit nichts anderes sagen will, als daß in der Stellung des kaufmännischen Angestellten im Verhältnis zu dem Geschäftsinhaber in der Regel eine befugte Stellvertretung im Erklärungsempfang zu erblicken ist und zwar auf Grund einer nach außen hin kundgegebenen Vollmacht. Dieser Gesichtspunkt ist es m. E., der von den Gegnern der Ansicht des Reichsgerichts entweder übersehen oder nicht anerkannt wird, indem sie eben die Grenzen der Bevollmächtigung zu eng ziehen und nur die Fälle der ausdrücklichen Vollmachterteilung als durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht, als Vollmacht anerkennen wollen. Die Vollmacht braucht aber nicht immer ausdrücklich erteilt zu sein und ein abstraktes Rechtsgeschäft zu bilden, sie kann auch eine stillschweigend erteilte sein, sich an ein Rechtsverhältnis anlehnen, mit einem ihr zugrunde liegenden Kausalgeschäft verbunden sein und in dieser Richtung sich namentlich auch auf die Verkehrssitte gründen. Diese von einigen als unjuristisch [27]) bezeichnete, m. E. aber durchaus richtige Auffassung finden wir speziell bei F. Leonhard [28]) vertreten. — Auf die gesetzliche Vertretung, wie auch auf die gewillkürte Vertretung, soweit diese, wie die des Prokuristen (§ 49 HGB.) und Handlungsbevollmächtigten (§ 54 HGB.), gesetzlich geregelt ist, hier näher einzugehen, würde wohl zu weit führen; es wird vielmehr genügen, sich auf das zu beschränken, was sich im Einzelfalle nach verkehrsüblicher Anschauung ergibt.

Prüfen wir nun die von dem Reichsgericht für die telephonischen Erklärungen angenommene Vertretungsmacht der kaufmännischen Angestellten etwas näher, so ist wohl zunächst zu bemerken, daß ausdrücklich nur von „kaufmännischen" Angestellten des „Kontors" die Rede ist. Damit ist einmal gesagt, daß alle übrigen zu niederen Diensten im Hause angestellten Personen ausscheiden, so-

27) Reich a. S. 23 Anm. 14.
28) In Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 1.

dann aber auch, daß es nicht angeht, das Gleiche auch auf den Nichtkaufmann auszudehnen oder gar schlechthin eine präsumtive Vollmacht der Hausgenossen, insbesondere der Ehefrau und der erwachsenen Kinder im Hause zur Entgegennahme rechtsgeschäftlicher Erklärungen anzunehmen. Dagegen entspricht es nach heute so ziemlich allgemein durchgedrungener Anschauung zweifellos der Verkehrssitte, wenigstens im kaufmännischen Verkehr für die kaufmännischen Angestellten des Kaufmanns eine stillschweigend erteilte Vertretungsmacht nicht zur Abgabe, wohl aber zur Entgegennahme rechtsgeschäftlicher Erklärungen anzunehmen. Wenn das Reichsgericht schon in der bereits oben erwähnten Entscheidung vom 15. April 1891 (Bd. 24 S. 136) sich dahin ausgesprochen hat, daß ein Kaufmann für den Fall seiner Abwesenheit die nötigen Maßregeln für seine Vertretung, insbesondere für die Empfangnahme der an ihn gerichteten Briefe zu treffen habe, so darf diese Auffassung bei der heutigen Bedeutung des Fernsprechverkehrs wohl unbedenklich auch auf diesen übertragen werden. Dazu kommt weiter die heute wohl allgemein anerkannte Anschauung, daß nach der Verkehrssitte auf eine mittels Fernsprechers erfolgte Anfrage auch die Antwort auf demselben Wege erwartet wird, daß also derjenige, der Vertragsverhandlungen mittels Fernsprechers begonnen hat, mangels gegenteiliger Vereinbarung auch bewilligt, daß sie mittels Fernsprechers fortgesetzt und abgeschlossen werden. Damit aber kommen wir zu der Ansicht, daß gerade in der Einführung des Geschäftstelephons ein besonderer Tatbestand zu erblicken ist, der den vom Reichsgericht aufgestellten Satz rechtfertigt. Hiezu bedarf es keineswegs, wie Koppers[29]) meint, einer besonderen Rechtsnorm, sondern wir gelangen hiezu durch eine extensive Auslegung und Anwendung des § 171 auch auf konkludentes Verhalten[30]), wie auch durch eine eben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte gebotene analoge Anwendung des § 56 HGB., wornach, wer in einem Laden oder in einem offenen Warenlager angestellt ist, auch als ermächtigt gilt zu Verkäufen und zu Empfangnahmen, die in einem derartigen Laden oder Warenlager gewöhnlich geschehen[31]). Wenn also in einem solchen Geschäft

29) In Gruchots Beiträgen Bd. 46 S. 231.

30) Vgl. Rümelin, Das Handeln in fremdem Namen des BGB. im Arch. f. zivil. Praxis Bd. 93 S. 301.

31) Anderer Ansicht Frankenburger in der DJZ. 04 S. 844.

ein Fernsprechanschluß gehalten wird, so wird auch die Bedienung des Fernsprechapparats und damit mindestens die Entgegennahme der telephonischen Erklärungen zu den gewöhnlichen Arbeiten im Geschäfte des Prinzipals gehören.

In den meisten Fällen wird nun freilich der kaufmännische Angestellte, sei es auf Grund ausdrücklich erteilter Vollmacht, sei es durch den Inhalt seines Dienstvertrags zur Entgegennahme der im Geschäft ankommenden telephonischen Erklärungen ausdrücklich berechtigt und verpflichtet sein. In größeren Geschäften finden wir in neuerer Zeit fast überall einen besonderen „Telephonisten" d. h. eine ausschließlich zur Bedienung des Fernsprechers und speziell zur Entgegennahme aller telephonischen Erklärungen angestellte Person. Wo dies aber nicht zutrifft, ist nach der Verkehrssitte und zwar als Folge des Fernsprechanschlusses jedenfalls für die kaufmännischen Angestellten des Geschäfts in der Regel eine stillschweigend erteilte Vollmacht hiezu anzunehmen, also speziell in kleineren Geschäften für die Ladenangestellten (§ 56 HGB.), wozu auch die gemäß § 1356 unter Umständen zu Arbeiten im Geschäfte des Mannes verpflichtete Ehefrau gehören kann und besonders wenn in Abwesenheit des Prinzipals diese allein im Geschäftslokal zurückgelassen wird. Nach der Verkehrssitte ist in diesen Fällen dem Dritten gegenüber unter allen Umständen der äußere Tatbestand der Stellung eines Bevollmächtigten gegeben und damit die Annahme einer jedenfalls stillschweigend erteilten Vertretungsmacht berechtigt [32]).

Dieser Auffassung liegt m. E. für die telephonischen Erklärungen ein ähnlicher Gedanke zugrunde, wie der für die schriftlichen Erklärungen bezüglich des Briefkastens allgemein geltenden Anschauung. Hat ein Kaufmann an seinem Kontor einen Briefkasten angebracht, so ist nach der Verkehrsanschauung dieser dazu bestimmt, die Sendungen an Stelle des Inhabers zu empfangen. Dies gilt aber auch nur „in der Regel" d. h. das Einwerfen darf nicht zur Unzeit erfolgen, sondern muß zu einer Zeit geschehen, zu welcher die Leerung solcher Briefkasten möglich und üblich ist; nur die Willenserklärung ist in den Machtbereich des Empfängers eingetreten, die am Tage bezw. bei Kaufleuten in den Geschäftsstunden eintrifft. Ist es also z. B.

32) Vgl. Staub Komm. 6./7. Aufl., der allerdings noch weiter ging und eine Befugnis auch zur Abgabe rechtsgeschäftlicher Erklärungen annahm; die Herausgeber der 8. Aufl. seines Werks sind freilich wieder anderer Ansicht.

Uebung, daß die Kontors einer Stadt um 6 Uhr geschlossen werden, so ist ein Brief, der nach dieser Zeit in den Briefkasten geworfen wird, nicht mehr an diesem Tage zugegangen [33]), sondern erst dann, wenn das Kontor wieder verkehrsmäßig geöffnet wird und der Briefkasten demgemäß auch wieder geleert werden sollte, ohne Rücksicht darauf, daß letzteres dann auch wirklich geschieht. Natürlich kann das Einwerfen namentlich auch dann keine Rechtswirkung haben, wenn derselbe offensichtlich dauernd oder vorübergehend seiner Zweckbestimmung entzogen ist, wenn also z. B. das Haus leer steht oder wegen dauernder oder vorübergehender Abwesenheit oder Veränderung der Wohnung oder des Geschäftslokals geschlossen ist. Warum soll es nun unerfindlich [34]) sein, daß für die mündlichen Erklärungen aus dem Halten eines Fernsprechanschlusses eine ähnliche Verkehrsanschauung sich bilden könne? Tatsächlich hat sich eine solche gebildet dahin, daß eben als Folge des Fernsprechanschlusses die kaufmännischen Angestellten eines Kontors dem Dritten gegenüber als befugt gelten, die im Geschäft ankommenden telephonischen Erklärungen an Stelle des Prinzipals zu empfangen. Die Kundgebung dieser Befugnis braucht dem Gegner gegenüber bezw. überhaupt nach außen hin ebenfalls nicht ausdrücklich zu erfolgen, die Bevollmächtigung liegt schon konkludenter Weise in der Anstellung in dem mit Fernsprechanschluß ausgestatteten Kontor. Diese Befugnis ist auch nur „in der Regel" anzunehmen; die Erklärung muß während der Geschäftsstunden eintreffen, es dürfen auch während dieser nicht außerhalb der „regelmäßigen Verhältnisse" liegende Umstände vorliegen, wie z. B. die in dem Reichsgerichtsfall festgestellte Geschäftsgewohnheit des täglichen Börsenbesuchs des Prinzipals zu bestimmter Zeit, und es darf natürlich auch nicht eine ausdrückliche Vereinbarung der Parteien oder ein ausdrückliches Verbot des Geschäftsherrn gegenüber einem bestimmten Angestellten entgegenstehen. In letzterem Falle wäre der Angestellte jedenfalls verpflichtet, den Erklärenden sofort darüber aufzuklären, daß er eine Befugnis in dieser Richtung nicht habe, damit jener eventuell in der Lage ist, sich unverzüglich eines anderen möglichen Erklärungsmittels zu bedienen. Würde der Angestellte dies unterlassen, so wäre trotz des Innenverhältnisses zwischen ihm und dem Prinzipal der letztere zum

33) Vgl. ERG. Bd. 50 S. 191. 34) Biebera. a. O. S. 32.

Schutze des gutgläubigen Dritten als gebunden anzusehen, eben weil er ihn äußerlich in die Stellung eines Bevollmächtigten gebracht hat; der Prinzipal könnte sich also nicht dadurch drücken, daß er einfach nachträglich ganz nach Belieben die Vollmacht bestreiten und so die Wirksamkeit der Erklärung und den daraus sich ergebenden Anspruch leugnen würde, müßte vielmehr nach Treu und Glauben dem Dritten haften [35]).

Hienach kommen wir zu dem Ergebnis, daß der zur Entgegennahme telephonischer Willenserklärungen „Befugte" nicht Mittelsperson im Sinne des § 120 ist, sondern Stellvertreter im Erklärungsempfang, also wirklicher Stellvertreter im Rechtssinne, so daß in solchem Falle nicht eine Erklärung unter Abwesenden vorliegt, sondern eine solche unter Anwesenden. Die dem Geschäftsherrn abzugebende telephonische Erklärung wird also, wenn sie in dessen Abwesenheit einem solchen Stellvertreter im Erklärungsempfang gegenüber abgegeben wird, unter regelmäßigen Verhältnissen schon dann wirksam, wenn dieser sie vernimmt, nicht erst wenn sie zur Kenntnis des Geschäftsherrn kommt.

Steht aber fest, daß die auf den Anruf am Fernsprecher des anderen erscheinende Mittelsperson zum Empfang einer Willenserklärung nicht legitimiert ist, so kann auf ihrer Seite, wie gesagt, nur noch in Frage kommen eine Botentätigkeit gegenüber dem Erklärenden oder aber die Möglichkeit der Vertretung ohne Vertretungsmacht gegenüber dem Adressaten. Beide Möglichkeiten haben das gemeinsam, daß, wie der Bote die Botschaft d. h. die Uebermittelung der Erklärung übernehmen muß, so auch der vollmachtslose Vertreter es übernehmen muß, die Erklärung dem Vertretenen mitzuteilen und zwar zwecks Genehmigung der Vertretung. Ob und was die Mittelsperson übernehmen will, hängt von ihrem Willen ab und kann ihr nicht aufgedrängt werden. Als was sie im einzelnen Falle anzusehen ist, kann unter Umständen schwierig zu entscheiden sein, wenn vor oder bei den Verhandlungen nicht oder nicht deutlich zum Ausdruck gekommen ist, welche Rolle sie spielen soll.

Liegt eine Botentätigkeit vor, so haben wir uns bereits oben der Meinung angeschlossen, daß es einen sog. Empfangsboten nicht gibt,

35) Vgl. hiezu spez. Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerl. Recht; Dernburg a. a. O. S. 476; Isay spricht von einem „objektivierten Gestionsverhältnis".

da der zum Empfang Bestellte immer als Bevollmächtigter anzusehen ist, sondern nur einen Boten des Erklärenden; denn der Bote ist stets Werkzeug zur Uebermittelung der Erklärung, niemals zum Empfang[36]). Der Bote soll die Erklärung bestimmungsgemäß dem Empfänger gegenüber perfizieren, nicht dieselbe als eine bereits früher vollzogene deklarieren, der Bote übermittelt also nicht eine bereits fertige Erklärung, sondern er gibt die Erklärung dem Gegner gegenüber erst endgültig ab. Schon darin liegt aber, daß zu ihrer Wirksamkeit die Kenntnisnahme seitens des Adressaten nötig ist; sie kann dem Adressaten gegenüber wirksam werden erst dann, wenn sie von dem Boten ausgerichtet wird, und nur in der Form, wie sie von ihm ausgerichtet wird; sie wirkt also nicht zurück auf die Zeit der Abgabe der Erklärung an den Boten. Ist demgemäß z. B. bei einer befristeten Erklärung die Uebermittelung durch den Boten an den Adressaten vor Ablauf der Frist nicht erfolgt oder nicht möglich, so ist sie ihm eben nicht rechtzeitig zugegangen und damit nicht wirksam geworden, wenn es sich also um eine Annahmeerklärung handelt, der Vertrag nicht zustande gekommen[37]). Im übrigen ist jedenfalls auch hier das Prinzip, welches wir oben für den Zeitpunkt der Wirksamkeit mündlicher Willenserklärungen als maßgebend angesehen haben, die Feststellbarkeit der Kenntnisnahme des Adressaten durchaus gewahrt, da eventuell derjenige, welchem gegenüber die Erklärung abgegeben wurde, — soweit allerdings im telephonischen Verkehr dessen Person überhaupt feststellbar ist — jederzeit als Zeuge benannt werden könnte und gemäß § 383 Nr. 2 und 3 CPO. auch die Frau gegen ihren Mann bezw. die Kinder gegen ihren Vater zeugnispflichtig wären, falls dieser leugnen sollte, von der Erklärung Kenntnis erhalten zu haben.

Der Vertreter ohne Vertretungsmacht aber, welcher Fall in § 180 Satz 3 geregelt ist, empfängt die Erklärung statt des Vertretenen, wie der Bevollmächtigte, nur nicht mit sofortiger und unmittelbarer Wirkung (§ 164) für den Vertretenen, vielmehr muß auch hier, wie bei der Erklärung durch Boten, noch ein weiteres Moment hinzukommen, um der rechtsgeschäftlichen Erklärung Wirksamkeit zu verleihen. Ist die Mittelsperson Bote, so muß der Bote

36) Hellwig a. a. O. S. 357.

37) So auch Kipp, der im übrigen Gegner der Reichsgerichtsentscheidung bei Windscheid I S. 374, vgl. auch Koppers a. a. O.

handeln und zwar in der Richtung, daß er die Erklärung dem Adressaten übermittelt; ist sie vollmachtsloser Vertreter, so muß der Vertretene handeln und zwar so, daß er genehmigt. Auch in diesem Falle wird allerdings der Vertretene in der Regel erst genehmigen, wenn er Kenntnis von der an den Vertreter erfolgten Erklärung erlangt hat, aber es ist völlig gleichgültig, auf welche Weise er diese Kenntnis erlangt hat, ob durch den Vertreter oder auf andere Weise; ja es ist keineswegs ausgeschlossen, daß er genehmigt, ohne überhaupt von dem Inhalt der Erklärung Kenntnis erhalten zu haben. Genehmigen sodann kann er durch Erklärung an den Vertreter oder an den Erklärenden (§ 182). Erfolgt die Genehmigung, so wirkt sie zurück auf die Zeit der Abgabe der Erklärung an den vollmachtslosen Stellvertreter (§ 184). Gerade diese rückwirkende Kraft ist es, welche eine gegenüber dem vollmachtslosen Vertreter erfolgte Erklärung tatsächlich ebenso maßgebend macht, als wenn sie an einen Bevollmächtigten erklärt wäre, insofern es lediglich von dem Willen des Vertretenen abhängt, ob er dieselbe genehmigen will und, wenn nacheinander zwei sich direkt entgegenstehende Erklärungen abgegeben worden sind, ob er die erste oder die zweite genehmigen will.

Zuzugeben wird allerdings sein, daß der Dritte in der Regel als Bote des Erklärenden anzusehen sein wird, wobei sich allerdings noch die Frage aufwirft, ob für die Botenqualität wesentlich ist, daß der Bote sich dem Erklärenden gegenüber zur Ausführung des Geschäfts verpflichtet und ihm gegenüber ex contractu haftbar wird, wenn die Ausführung unterbleibt [38]). Nach richtiger Ansicht ist eine solche Verpflichtung nicht wesentlich. Es ist nicht einzusehen, worauf diese Einengung des Botenbegriffs beruhen soll. So kann unerörtert bleiben, ob etwa die Frau oder ein anderer Hausgenosse, denen der Erklärende eine Bestellung an den Hausherrn aufträgt, mit einer Bereitwilligkeitserklärung hiezu eine Verpflichtung gegen den ersteren eingehen. M. E. wäre das mit der Verkehrsauffassung nicht vereinbar.

---

38) So Hellwig a. a. O.

§ 5.

Die Verhinderung des Wirksamwerdens einer telephonischen Erklärung.

Nachdem wir im vorigen Paragraphen die Bedingungen bezw. Voraussetzungen der Wirksamkeit der telephonischen Willenserklärung darzulegen versucht und dabei ausgeführt haben, welche Regeln für die telephonische Erklärung unter Anwesenden gelten und welche Grundsätze beim Eintreten von Mittelspersonen in Betracht kommen, ist nun noch kurz die Frage zu erörtern, was *dann* gilt, wenn der Erklärende eine einem anderen gegenüber abzugebende Willenserklärung durch den Fernsprecher nicht anzubringen vermag. Es kann dies gerade bei der Wahl dieses Erklärungsmittels sehr häufig vorkommen und zwar sowohl aus Gründen, die in der Person des Adressaten liegen, als auch aus Gründen, die auf die objektive Beschaffenheit des Fernsprechers zurückzuführen sind.

Unter Umständen kann dadurch jemand, der Grund hatte, auf die Möglichkeit telephonischer Erklärung zu vertrauen, in eine üble Lage kommen und in der Wissenschaft war man von jeher bestrebt, wenigstens in gewissen Fällen dem in seiner Erwartung Getäuschten Rechtsschutz zu gewähren. So allgemein [1]) aber auf der einen Seite das Bestreben, zu schützen, vorhanden war, so uneinig war und ist man auf der anderen Seite über Mittel und Umfang, in welchem Abhilfe zu schaffen ist. Einigkeit besteht nun zwar heute wohl so ziemlich darin, daß dem Erklärenden jedenfalls nur dann Schutz zu gewähren ist, wenn das Zugehen einer Erklärung aus Gründen scheitert, die in der Person des Adressaten liegen; nur wollen die einen in diesem Falle den Erklärenden überhaupt und stets schützen, während andere den Schutz auf ein Verschulden des Adressaten beschränken, wobei wiederum die einen bloß dann, wenn dieser sich arglistig dem Zugehen der Erklärung entzieht, die andern auch im Falle bloß fahrlässiger Verhinderung helfen wollen. Daß schon nach dem Standpunkt der Motive als Grund der Ablehnung der Vernehmungstheorie und der Annahme der Empfangstheorie in erster

1) Koppers in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 232 will allerdings ein praktisches Bedürfnis nicht anerkennen, da dem Erklärenden ev. stets das fast nie versagende Mittel der schriftlichen Erklärung zu Gebot stehe.

Linie angeführt wurde, es solle dem Erklärungsempfänger nicht die Möglichkeit gewährt werden, sich der Entgegennahme der Erklärung eigenwillig zu verschließen, ist bereits oben (in § 3) erwähnt worden. Schon daraus dürfte wohl zu entnehmen sein, daß der Gesetzgeber jedenfalls an einen über ein Verschulden des Empfängers hinaus zu gewährenden Schutz nicht gedacht hat. Tatsächlich ginge es auch zu weit, den Schutz auf alle Fälle auszudehnen, in welchen eine Verständigung aus in der Person des Adressaten liegenden Gründen scheitert. Es ist z. B. möglich, daß auf Seite des Adressaten trotz wiederholten Anrufens niemand am Fernsprecher erscheint, weil zufällig momentan niemand da ist; oder der Adressat ist nicht oder nicht voll geschäftsfähig, so daß die Erklärung unwirksam bleibt, bis sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht; oder der Adressat besitzt nicht die volle Schärfe des Gehörs und versteht infolge dessen nicht oder nicht richtig usw. In solchen Fällen kann eben die abgegebene Willenserklärung trotz auf beiden Seiten vorhandenen besten Willens nicht wirksam werden; solche Verhältnisse und konkrete Umstände in der Person des Gegners hat aber der Erklärende nach dem Grundsatz von Treu und Glauben in Rücksicht zu ziehen. Es kann hier auch eine speziell für letzteren Fall in der Literatur vielfach aus Billigkeitsgründen aufgestellte Vermutung der Vernehmung — vorausgesetzt, daß nur der Erklärende seine Erklärung „ordnungsmäßig abgegeben" d. h. seinerseits alles getan hat, was billigerweise von ihm zu verlangen war, um die Erklärung ihrem Ziele zuzuführen, — nicht helfen; das bloße Hineinrufen in den Schalltrichter des Fernsprechapparats kann nie als eine Erklärung gelten und niemals als solche wirksam werden. Tatsächlich will und soll auch, und zwar aus Rücksichten des Verkehrs und zur Wahrung der Interessen des Erklärenden, nur die Möglichkeit verhindert werden, daß der Adressat sich willkürlich den Folgen des Empfanges einer Erklärung entziehen kann. Die Frage, in welchem Umfang der Erklärende, der seine Erklärung nicht anzubringen vermag, zu schützen ist, hängt also davon ab, ob und ev. inwieweit eine Rechtspflicht zum Empfang einer Willenserklärung besteht.

Während in dieser Richtung von Hölder [2]) überhaupt geleugnet wird, daß eine solche Verpflichtung bestehen könne, — indem er

2) In der DJZ. 01 S. 341.

ausführt, daß eine Mitwirkung des Erklärungsempfängers beim Zugehen schon deshalb nicht notwendig sei, weil der Erklärende in § 132 stets ein Mittel habe, die Zustellung auch gegen den Willen des Adressaten zu bewirken, — wollen andere eine allgemeine Pflicht zum Empfange von Willenserklärungen als gegeben ansehen. Heute ist jedoch in der Literatur fast durchweg [3]) anerkannt, daß eine allgemeine Rechtspflicht zur Entgegennahme von Willenserklärungen nicht besteht. Dagegen wollen einige Autoren [4]) jedenfalls dann, wenn jemand entweder in einem Schuldverhältnis zu einem anderen steht oder einem anderen einen Vertragsantrag macht, bei dem er seine Bindung nicht ausgeschlossen hat, eine Verpflichtung als gegeben ansehen, die darauf bezüglichen Willenserklärungen des Gegners entgegenzunehmen. Dahin würden also nicht bloß die Annahme des Vertragsantrags, sondern auch die Mahnung, die Kündigung, die Ausübung des Wahlrechts bei Alternativobligationen, die Erklärung des Rücktritts, die Billigung oder Mißbilligung des auf Probe oder Besicht gekauften Gegenstandes usw. gehören. Die einen folgern dabei die Verpflichtung des Gegners zur Entgegennahme dieser Erklärungen daraus, daß das Gesetz alle diese Erklärungen für empfangsbedürftig erklärt und daß ohne solche Verpflichtung dem Gegner die Verwirklichung seines Rechts unmöglich gemacht würde, während andere die Pflicht, für diese Erklärungen bereitzustehen, mit den Grundsätzen von Treu und Glauben zu begründen suchen. Allein auch diese Ansicht läßt sich jedenfalls in dieser Allgemeinheit weder überhaupt noch speziell für die Willenserklärung mittels Fernsprechers festhalten. Was speziell die Annahme des Vertragsantrags betrifft, so wird ins Feld geführt [5]), daß eine solche Verpflichtung sich weder aus dem Vertragsantrag d. h. aus § 145 noch aus § 149 herleiten lasse. Nach § 145 sei der Antragsteller zwar an seinen Antrag gebunden, Gebundensein heiße aber nicht Verpflichtetsein, die Annahmeerklärung in die Hand zu nehmen bezw. zu derselben mitzuwirken, Gebundenheit des Antragstellers bedeute vielmehr lediglich, daß der wirksam gestellte Antrag, so lange er von Rechts wegen bestehe, nicht widerrufen werden könne, der erfolgte Ausschluß der Bindung also lediglich die Widerruflichkeit des Antrags;

3) Vgl. namentlich von Blume (im Anschluß an Titze) a. a. O. S. 15.
4) So namentlich Endemann I § 66 Anm. 23.
5) S. Blume a. a. O. S. 16 ff.

der § 149 aber spreche nur eine Anzeigepflicht für den Antragsteller aus, deute aber mit keinem Worte auch nur an, daß er verpflichtet sei, das Seinige zu tun, damit ihm die Antwort rechtzeitig zugehen könne. Sodann kann aber auch der Satz, daß ohne eine solche Verpflichtung dem Gegner die Verwirklichung seines Rechts unmöglich gemacht würde, doch nicht allgemein aufgestellt werden und ebensowenig ein solcher Schutz des Oblaten im allgemeinen nach den Grundsätzen von Treu und Glauben geboten erscheinen. Es ist vielmehr m. E. zu sagen, daß man dem Offerenten nicht zumuten kann, täglich oder gar stündlich auf die Antwort zu warten, und zwar weder überhaupt noch speziell am Fernsprecher, sondern daß der einzelne Fall schon „besonders geartet" liegen muß, wenn solche Gründe einen Schutz des die Vertragsannahme Erklärenden rechtfertigen sollen[6]). Ebensowenig kann von jemand, der in irgend einem Schuld- oder Vertragsverhältnis zu einem anderen steht, verlangt werden, zur Entgegennahme von etwa darauf Bezug habenden Erklärungen sich stets bereit zu halten. Es ist also z. B. niemand verpflichtet, sich kündigen zu lassen und gar zu diesem Zwecke, wenn bezw. weil er einen Telephonanschluß hat, auch noch auf diesem Wege parat zu sein. Dieser Standpunkt wird namentlich auch von Hölder und Titze[7]) vertreten und von letzterem mit Recht bemerkt, daß aus der gegenteiligen Auffassung sich eine den guten Sitten widerstreitende, durch die Bedürfnisse des Verkehrs in keiner Weise gebotene Beschränkung der persönlichen Freiheit des einzelnen ergebe. Man kann doch beim Mietverhältnis dem Mieter nicht zumuten, an jedem Quartalsersten die Möglichkeit der Kündigungserklärung im Auge zu behalten und sich demgemäß einer Kündigung gewärtig zu halten; jedenfalls kann er, wenn nichts Besonderes vorliegt, eine etwa dahingehende Absicht des Vermieters nicht voraussehen.

Wenn wir nun nach solchen besonderen Gründen suchen, die eine Rechtspflicht zur Entgegennahme von Willenserklärungen zu rechtfertigen geeignet erscheinen, so kommen wir zu dem Resultat, daß diese nur auf einer durch spezielle Tatsachen begründeten Anwartschaft beruhen können. Eine solche aber ist auf Grund eines

6) Viel zu weitgehend daher wiederum neuestens Regelsberger a. a. O. S. 275 Spalte 2 Abs. 2.

7) A. a. O. S. 450.

obligatorischen Verhältnisses nur dann anzunehmen, wenn jemand sich verpflichtet hat, zur Entgegennahme einer Willenserklärung zu bestimmter Zeit bezw. binnen bestimmter Frist an bestimmtem Orte, also hier am Fernsprecher, bereit zu sein. Eine solche Vereinbarung aber braucht ihrerseits wiederum nicht immer ausdrücklich getroffen zu werden, sie kann auch stillschweigend erfolgen und ist als stillschweigend erfolgt nach den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte jedenfalls dann anzunehmen, wenn ein Angebot gemacht wird, auf welches nach der Verkehrsauffassung eine telephonische Antwort erwartet wird und welches wegen der Kürze der Frist auch nur durch den Fernsprecher beantwortet werden kann.

Wenn so die Fälle, in denen eine Verpflichtung zur Entgegennahme der telephonischen Erklärung gegeben ist, begrenzt sind, so fragt es sich nun noch, mit welchen Mitteln in diesen Fällen der Erklärende gegen etwaige Willkür des Adressaten zu schützen ist. In dieser Beziehung gehen die Ansichten, wie bereits gesagt, sehr weit auseinander.

Zunächst mag hier die Ansicht Eltzbachers[8]), daß der Erklärende im Falle der Verhinderung des Zugehens einer Willenserklärung durch die Bestimmung des § 132 genügend geschützt sei, kurz erwähnt werden, sie zu widerlegen wird aber füglich erspart bleiben können, da diese Bestimmung überhaupt und speziell bei kurz bemessenen Fristen offensichtlich unzulänglich ist.

Eine andere Ansicht [9]) begnügt sich mit Rücksicht darauf, daß dem Erklärenden, der an dem Wirksamwerden seiner Erklärung ein Interesse hat, daraus, daß er sie nicht anzubringen vermag, ein Schaden entstehen kann, damit, ihn in solchem Falle auf den Schadensersatz gemäß § 826 zu verweisen, und behauptet, diese Vorschrift reiche aus, um ihn genügend zu schützen, außerdem habe sie gegenüber anderen Versuchen, das Problem zu lösen, den Vorzug, daß sie sich auf eine positive Gesetzesbestimmung stütze. Allein m. E. können wir mit dem § 826 die in Rede stehende Frage am wenigsten lösen. Um den Tatbestand des § 826 zu erfüllen, muß der Adressat das Zugehen der Erklärung in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich vereiteln. Dabei muß der Vorsatz auf Schadenszufügung gerichtet sein. Diese Vorschrift kann also nur im Falle der

8) A. a. O. 9) Daue a. a. O.

arglistigen Verhinderung des Zugehens einer Willenserklärung Anwendung finden und daher nicht ausreichen, um die unbillige Rechtslage, die auch ohne arglistiges Verhalten für den Erklärenden eintreten kann, zu beseitigen. Sie ist aber auch insofern nicht geeignet, den Erklärenden genügend zu schützen, als ihm mit der Möglichkeit, Schadensersatz geltend zu machen, oft nicht gedient sein wird. Dazu kommt weiter, daß auch der Verkehrssicherheit mit einer Entschädigungspflicht nicht gedient wäre, schon weil der zur Erreichung des Zieles einzuschlagende Weg jedenfalls ein ziemlich umständlicher ist und der Erklärende bei der Schwierigkeit des ihm obliegenden Beweises gerade der Arglist oft nur sehr schwer oder gar nicht zum Ziele gelangen würde.

Diese Ansicht steht denn auch tatsächlich wohl vereinzelt da. Ueberall herrscht die Ansicht vor, daß in solchem Falle der Benachteiligte dem Unrecht sogleich soll entgegentreten und die ihm nachteiligen Folgen beseitigen können. Die Frage aber, welche Mittel und Wege dazu führen können, wird nicht übereinstimmend beantwortet. Die einen halten gerade im Hinblick auf § 130, der nun einmal den Grundsatz ausspreche, daß, wenn eine Erklärung dem anderen, gleichgültig aus welchem Grunde, nicht oder nicht rechtzeitig zugeht, sie auch nicht wirksam wird, eine besondere Gesetzesbestimmung für notwendig, durch welche unbillige Wirkungen des Regelsatzes des § 130 korrigiert bezw. vermieden würden; es sind auch schon Vorschläge gemacht worden, entweder den § 130 durch einen zweiten, die Verhinderung des Zugehens einer Willenserklärung berücksichtigenden Ausnahmesatz einzuschränken oder den § 123 Abs. 1 etwa in der Weise zu erweitern: „Ist jemand von einem anderen vorsätzlich und widerrechtlich zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt oder an der Abgabe einer solchen verhindert worden, so kann er dem anderen gegenüber die Wirkung der Erklärung oder ihrer Unterlassung durch Anfechtung oder durch Nachholung der Erklärung beseitigen". Mit einer solchen Gesetzesnorm wären allerdings alle Schwierigkeiten dieser Frage mit einem Schlage beseitigt. In Ermangelung eines solchen Rechtssatzes aber hat man die Frage auf die verschiedenste Weise in Anlehnung an bestehende Gesetzesvorschriften bezw. im Wege der Analogie zu lösen versucht. So will Habicht für den Fall der absichtlichen Verhinderung des Empfangs einer Willenserklärung mit der Vorschrift des § 162 helfen und hält

diese Bestimmung sogar für unmittelbar anwendbar. Gegen letzteres ist aber in der Literatur lebhaft polemisiert worden und wohl mit Recht. Seine Ausführung, es liege in allen Fällen, in denen eine Willenserklärung binnen einer bestimmten Frist abzugeben sei, eine Bedingung vor, von deren Eintritt oder Nichteintritt das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts abhänge, die absichtliche Verhinderung der Willenserklärung seitens des Empfängers bedeute daher die Vereitelung einer gesetzlichen Bedingung, erscheint nicht haltbar. Denn wenn auch eine Willenserklärung abgegeben wird, um einen rechtlichen Erfolg herbeizuführen, und so der Erfolg gewissermaßen die Erklärung bedingt, so ist dies doch keine Bedingung im Sinne des § 158, sondern lediglich eine Voraussetzung des Rechtsgeschäfts, unter welcher dasselbe zustandekommt. Das Rechtsgeschäft selbst wird durch diese Voraussetzung nicht zu einem bedingten gemacht, es handelt sich hier vielmehr um ein wesentliches Moment des gesetzlichen Tatbestandes einer wirksamen Erklärung[10]), sonst müßte man schließlich alle Rechtsgeschäfte, die nur unter einer gewissen Voraussetzung zustandekommen, als bedingte auffassen. Eine unmittelbare Anwendung des § 162 wird also nicht möglich sein, würde aber auch nicht ausreichen, da, wie Habicht selbst zugibt, derselbe nur bei absichtlicher Vereitelung des Zugehens passen würde. Bei dem Kauf auf Probe, den Habicht zur Begründung seiner Ansicht anführt, wird man allerdings den § 162 im gegebenen Falle anwenden können; dieses Rechtsgeschäft ist aber ausdrücklich als ein bedingtes vom Gesetzgeber anerkannt, so daß hier eben ein Ausnahmefall vorliegt. Dagegen liegt in der analogen Anwendung des § 162, welche Habicht mindestens als geboten ansieht, ein richtiger und fruchtbringender Gedanke — und zwar mit dem Obersatz, daß eine fest begründete Anwartschaft nicht wider Treu und Glauben verkümmert werden darf. Wenn aber so der Paragraph nur „eine Einzelanwendung des das BGB. beherrschenden Prinzips von Treu und Glauben" ist[11]), dann erscheint auch schon allein von diesem Gesichtspunkt aus ohne die spezielle Heranziehung des § 162 (oder des ihm verwandten § 815) die weitere Ansicht Habichts, daß auch auf die bloß fahrlässige Vereitelung des Zugehens der Willenserklärung

10) So Planck Nr. 5 zu § 130, vgl. auch Dernburg § 132 Anm. 16 und David S. 233 f.

11) ERG. Bd. 58 S. 406.

Schutz zu gewähren sei, als erwägenswert [12]), wogegen ihm darin, daß er gemäß den Bedürfnissen des Verkehrs auch auf zufällige in der Person des Adressaten liegende, das Wirksamwerden verhindernde Umstände Platz greife, zweifellos nicht zuzustimmen ist.

Titze sodann will dem Erklärenden eine analoge Anwendung des Gläubigerverzugs zusprechen, indem er einen von Habicht beiläufig geäußerten Gedanken aufnimmt und die Lage des Erklärenden, der den Erklärungsgegner nicht erreicht, mit der Lage des Schuldners vergleicht, der an der Bewirkung der geschuldeten Leistung dadurch behindert ist, daß der Gläubiger sie nicht annimmt. Wenn der Schuldner seinerseits, führt Titze aus, alles getan habe, um seine Verbindlichkeit rechtzeitig zu erfüllen, und es lediglich am Gläubiger liege, daß dies nicht geschehen sei, sei der Schuldner zwar nicht von der Erfüllung schlechthin, aber jedenfalls von der rechtzeitigen Erfüllung befreit; der Gläubiger müsse sich also mit der nachträglichen Leistung zufrieden geben. In analoger Anwendung dieses Grundsatzes auf die Verhinderung des Zugehens einer Erklärung müsse auch der Erklärende die Möglichkeit und das Recht haben, die durch den Empfänger verhinderte Erklärung nach Ablauf der Frist nachzuholen. Allein die beiden Tatbestände, auf welche dieselbe Norm angewendet werden soll, sind sich durchaus nicht wesensgleich. Der die Lehre vom Annahmeverzug beherrschende Grundsatz ist nicht etwa die Fristverlängerung zugunsten des Schuldners, sondern die Minderung der Haftung des zur Leistung bereiten Schuldners und bei beweglichen Sachen die Gewährung der Befugnis, sich eventuell durch Hinterlegung oder öffentliche Versteigerung derselben von seiner Verbindlichkeit zu befreien, ein Gedanke, der offensichtlich für unsere Frage nicht verwertbar ist.

Eine erheblich besser geeignete Bestimmung für den Fall der Verhinderung des Zugehens einer Erklärung erblicken v. Wendt [13]) und nach ihm v. Blume [14]) in § 530 Abs. 2. Hier regelt das BGB. einen Fall — nämlich den Widerruf einer Schenkung durch den Erben des widerrufsberechtigten Schenkers, wenn dieser durch den

---

12) Die Art und Weise dieses Schutzes bleibe vorläufig noch dahingestellt. Daß in den Fällen bloßer Fahrlässigkeit die Fiktion des Zugehens jedenfalls zu allzugroßen Härten führen würde, führt richtig aus Regelsberger a. a. O. S. 275.

13) A. a. O. S. 211. 14) In Iherings Jahrb. Bd. 51.

Beschenkten vorsätzlich und rechtswidrig am Widerruf gehindert worden ist, — in welchem es dem Benachteiligten gestattet ist, die verhinderte Erklärung nachzuholen. In dieser Vorschrift wollen nun allerdings manche nur eine Sondervorschrift, ein ganz besonderes Mittel zur Bekämpfung des Unrechts und damit zweifellos eine Ausnahmebestimmung erblicken, wogegen v. Blume aus einem Vergleich mit den §§ 123 und 2339 Abs. 2 darzutun sucht, daß ihr ein Gedanke von allgemeiner Bedeutung zugrunde liege. Wendt will die Vorschrift nur so auf unsern Fall übertragen wissen, daß der Fristablauf das Recht zur Erklärung noch nicht ausschließe, diese vielmehr um der Verhinderung willen noch offen bleibe, was sich auch so ausdrücken lasse, daß die Frist nicht ablaufe, so lange die Erklärung vom Gegner wider Treu und Glauben verhindert werde. Damit aber kommen wir auch hier wieder zu einem Satz von allgemeiner Geltung, zu dem man auch ohne den Umweg über § 530 gelangen kann.

Planck[15]) sodann möchte den § 249 angewendet haben. Nach ihm verletzt derjenige, welcher das Zugehen einer Willenserklärung vereitelt, eine ihm dem Erklärenden gegenüber obliegende Rechtspflicht und sei infolge dessen diesem gegenüber schadensersatzpflichtig gemäß § 249; demgemäß müsse der Adressat, wenn der Erklärende die Erklärung nachträglich abgebe, die an und für sich verspätete Erklärung wie eine rechtzeitige gegen sich gelten lassen. Da es aber eine allgemeine Rechtspflicht, sich gegenüber Willenserklärungen abgeben zu lassen, nicht gibt, wird auch die von Planck angenommene Rechtspflicht wohl nicht aus dem allgemeinen Begriff der unerlaubten Handlung (§ 823) abzuleiten sein, wie dies das Reichsgericht in der Entscheidung vom 8. Februar 1902 tut[16]), sondern ebenfalls aus den Grundsätzen von Treu und Glauben. Eine Schadensersatzpflicht aus § 823 will zwar in neuerer Zeit auch Breit[17]) behaupten. Auch er will die Gefahr der versäumten Annahme einer Erklärung auf den Adressaten abwälzen und verwendet zur Lösung der Frage die sog. Kann-Rechte. Dabei folgert er beispielsweise so: Wer nicht dafür Sorge trägt, daß eingeschriebene Briefe ihm zugehen können, oder wer seinem Gläubiger die Türe vor der Nase zu-

15) Komm. I. Bd. 16) ERG. Bd. 50 S. 191.
17) In Seuff. Bl. f. Rechtsanwendung 06 Heft 21.

schlägt, um die Kündigung nicht zu hören, verletzt schuldhaft „Kann-Rechte" und ist nach § 823 dafür haftbar. Der Schadensersatz ist dann auch nach ihm in der Weise zu leisten, daß der frühere Zustand herzustellen ist; der Erklärungsempfänger müsse also die Erklärung auch nachträglich noch entgegennehmen. Allein auch ihm ist entgegenzuhalten, daß eine allgemeine Bereitschaftspflicht zur Entgegennahme von Willenserklärungen nicht besteht, ganz abgesehen davon, daß ein Kann-Recht d. h. das Recht, die Rechtsbeziehungen zu einem anderen durch Willenserklärung zu gestalten, wie das Kündigungs-, Anfechtungs-, Widerrufsrecht u. a., überhaupt nicht ein absolutes Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 ist, sondern nur ein relatives, das durch Dritte gar nicht verletzt werden kann.

Wenn nun schon bei den bisher erwähnten Auffassungen die Grundsätze von Treu und Glauben mehrfach die Grundlage bilden oder wenigstens mehr oder weniger durchblicken, so glauben andere [18]) eine befriedigende Lösung unserer Frage ohne die Anwendung von Analogieschlüssen ausschließlich in den Vorschriften von Treu und Glauben zu finden. Sie leiten aus den §§ 242, 157, 162, 320 Abs. 2, 815 als eine allgemeine Regel des BGB. ab, daß der gesamte Rechtsverkehr dem Grundsatz von Treu und Glauben unterworfen sein soll. Speziell Dernburg sagt: „Nach Treu und Glauben kann sich niemand darauf berufen, daß der Gegner eine ihm offenstehende Frist nicht einhielt, wenn in ihm selbst der Grund lag, daß sie nicht eingehalten werden konnte". Anlehnend hieran hatte auch das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 13. Juli 1904 [19]) die Rechtsfolge der Vernachlässigung der Bereitschaft für den Antragsteller festzustellen und zu begründen gesucht. Der Entscheidung liegt folgender Tatbestand zugrunde: Der Beklagte schreibt am 7. April an die Klägerin: „Für Ihre Hypothek biete ich Ihnen 7000 M. An dieses Gebot halte ich mich bis Mittwoch den 9. April abends gebunden". Am 9. nachmittags sendet die Klägerin durch einen eingeschriebenen Brief dem Beklagten die Annahmeerklärung zu. Der Postbote trifft jedoch weder den Beklagten noch eine zur Empfangnahme eines eingeschriebenen Briefes befugte Person im Hause an und kann infolgedessen den Brief nicht abliefern. Am folgenden

18) Dernburg namentlich Bd. I S. 401; sodann auch David in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 237.

19) ERG. Bd. 58 S. 406.

Tage, als die Behändigung gelang, erklärte der Beklagte der Klägerin, daß er an die Offerte nicht mehr gebunden sei. Die Klägerin war nun der Ansicht, daß der Vertrag doch zustande gekommen sei, da der Beklagte keinen Empfangsbevollmächtigten bestellt und das Zugehen der Annahmeerklärung arglistig oder jedenfalls schuldhaft verhindert habe, und klagte auf Erfüllung; das Landgericht wies die Klage ab, das Oberlandesgericht und das Reichsgericht aber sahen den Vertrag als zustandegekommen an und erkannten dem Klageantrag gemäß. In der Begründung erblickt das Reichsgericht für die Fälle, in denen der Erklärungsgegner das Zugehen der Erklärung arglistig verhindert habe, in den §§ 162, 815 einen genügenden Schutz. Es stellte jedoch arglistige Vereitelung nicht fest, wohl aber mit dem Oberlandesgericht Verschulden des Beklagten, indem es ausführte, wenn sich der Beklagte von Hause entfernt habe, um dem eingeschriebenen Briefe aus dem Wege zu gehen, so sei hierin ein Verschulden desselben zu erblicken; er könne sich also nicht auf die Versäumnis der Frist berufen, da er den Grund hiezu gegeben habe. Alsdann sagt es wörtlich: „Wer die Verspätung des Zugehens einer für ihn bestimmten Willenserklärung verschuldet hat, hat dadurch freilich nicht gegen Treu und Glauben verstoßen, wohl aber handelt er gegen Treu und Glauben, wenn er aus seinem Verschulden zum Nachteil des anderen einen Vorteil herleiten will". Wie hat nun aber gerade gegen diese Entscheidung des Reichsgerichts wieder die Kritik eingesetzt! Die Begründung wird als „vollständig verfehlt" [20]) bezeichnet, es wird gesagt, das Reichsgericht verfahre hier, wie ein römischer Prätor und schaffe sich selbst einen Rechtssatz, der sich nirgends im Gesetz rechtfertigen lasse, wer Rechtssätze so begründe, der stelle sich über das Recht [21]), Treu und Glauben bedeute für den Richter einen Maßstab bei der Anwendung des Rechts, nicht aber einen Freibrief für das Billigkeitsgefühl, so daß er in jedem einzelnen Falle nach seinem Billigkeitsgefühl einen Rechtssatz schaffen könnte, usw. Und doch erscheint die Auffassung des Reichsgerichts nach dem ganzen Geiste des Gesetzes als durchaus richtig und berechtigt. Unsere Rechtsordnung stellt die Wahrung von Treu und Glauben ausdrücklich als Prinzip auf bei der Auslegung von Verträgen (§ 157) und bei der durch den Schuldner zu bewirkenden Leistung (§ 242); sie

20) Danea. a. O. S. 28. 21) v. Blumea. a. O.

erhebt dabei die von Haus aus ethischen Begriffe von Treu und Glauben zu Rechtsbegriffen. Dieses Prinzip gilt aber nicht nur für Verträge, wie es allerdings nach dem Wortlaut des § 157 den Anschein haben könnte, sondern beansprucht eine Bedeutung für die Auslegung von Willenserklärungen auch über das Gebiet der Verträge hinaus und beherrscht den ganzen rechtsgeschäftlichen Verkehr. Es soll durch dieses Prinzip demselben Bedürfnis der individualisierenden Gerechtigkeit Raum gegeben werden, dem im römischen Recht u. a. die exceptio doli generalis diente; kraft desselben sollen Ansprüche, die zwar der Rechtskonsequenz entsprechen, aber als eine unbillige Ausnützung dieser Konsequenz wider Treu und Glauben erscheinen, zurückgewiesen werden können. Jede Partei soll, wie Staudinger[22]) und Staub[23]) treffend ausführen, „glauben" d. h. mit Zuversicht darauf vertrauen dürfen, daß die andere Partei in Ausübung ihrer Rechte und Pflichten „treu" sein d. h. den Anforderungen entsprechen wird, welche ein billig Denkender in Würdigung aller Umstände des einzelnen Falles nach einem objektiven Maßstabe für gerecht halten wird. Dabei ist als der anzulegende objektive Maßstab die „Verkehrssitte" bezeichnet, welche sich auf die Auffassung redlicher Verkehrsanschauung stützt und, wie Danz[24]) sagt, ein vom BGB. kodifiziertes Gewohnheitsrecht ist. Mit Unrecht wird also behauptet, bei Anwendung des Prinzips von Treu und Glauben werde der Boden des positiven Rechts verlassen, dieses bedeute ein Hinwegsetzen über den Inhalt der Rechtsnormen und des Parteiwillens, ein Sicherheben des Richters über das Vertragswort und über das Gesetzeswort[25]); es ist vielmehr der Grundsatz der Wahrung von Treu und Glauben ganz zweifellos als ein auf positivem Recht basierendes und im Rechtsverkehr allgemein zu beobachtendes Prinzip anzusehen und es geht keineswegs zu weit, wenn der allgemeine Satz aufgestellt wird, daß das Vertrauen in eine abgegebene Offerte durch den Offerenten selbst nicht zerstört werden darf.

Indem wir nun diese Grundsätze auf den telephonischen Verkehr übertragen, so ergibt sich vor allem, daß, wenn derjenige, dem

22) 5./6. Aufl. S. 524. 23) In der DJZ. 02 S. 104.

24) Auslegung der Rechtsgeschäfte 2. Aufl. S. 93.

25) Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des BGB. 1902 S. 88 ff.

gegenüber eine Erklärung abzugeben ist, trotz bestehender Entgegennahmepflicht von der Erklärung tatsächlich deshalb keine Kenntnis erhält, weil er sie nicht hören *will*, also z. B. in der maßgebenden Zeit den Fernsprecher abstellt oder im entscheidenden Augenblick absichtlich das Hörrohr absetzt oder die tatsächlich stattgefundene Vernehmung schlechthin leugnet, er sich nicht darauf berufen kann, die Erklärung sei ihm nicht zugegangen. Dagegen kommen äußere Umstände, „Naturereignisse und andere unabwendbare Zufälle", mit denen man beim Fernsprecher nun einmal zu rechnen hat, wie z. B. wenn die Telephonleitung am einen oder andern Orte oder an beiden momentan mehr oder weniger zerstört ist, wenn am Orte des Angerufenen gerade ein starkes Gewitter niedergeht und dieser infolge dessen gar nicht an den Apparat geht oder nicht versteht, wenn auf Seite des Angerufenen ein plötzlicher Lärm die Erklärung unverständlich oder überhaupt jegliches Vernehmen unmöglich macht, wenn am Orte des Angerufenen zu der betreffenden Zeit die Vermittlungsanstalt gar nicht geöffnet ist usw., hier nicht in Betracht, da in solchen Fällen eine Verletzung von Treu und Glauben nicht in Frage stehen kann, vielmehr derjenige, der des Erklärungsmittels sich bedient bezw. auf dasselbe sich verläßt, sie eben nach der Natur des Fernsprechers als mit dem Betriebe und seinen Gefahren im Zusammenhange stehend nach den allgemein bekannten Erfahrungsregeln und Erfahrungstatsachen in Aussicht zu nehmen hat [26]). Dabei wird allerdings in manchen Fällen der Beweis sehr schwierig sein, ob und inwieweit im einzelnen Falle in der Person des Gegners oder in der Natur des Fernsprechers liegende Gründe mitgewirkt haben, ob und inwieweit böser Wille des Menschen oder unergründliches Walten der Natur im Spiele war. In der Regel werden zwar in solchen Fällen dem Erklärenden vom Gegner keine Schwierigkeiten gemacht werden und wird sich dieser der aus solcher Ursache verspäteten Erklärung nicht verschließen (vgl. auch § 150), er ist aber auf dessen Vertragstreue angewiesen; weigert sich der Gegner, die Erklärung noch anzunehmen, so verletzt er weder eine Rechtspflicht noch die Grundsätze von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, so daß es an jeder Grundlage für einen

26) Vgl. *Rümelin*, Der Zufall im Recht; *Wendt* a. a. O.; ERG. Bd. 44 S. 27 und Bd. 54 S. 405.

Schutz des Erklärenden fehlt. Behauptet der Gegner, er habe die ihm gegenüber abgegebene Erklärung nur teilweise gehört, so muß er dies beweisen [27]). Zur Erleichterung des Beweises zugunsten des Erklärenden wird im allgemeinen wohl die Erfahrungstatsache dienen können, daß in solchen Fällen regelmäßig nur dann telephoniert wird, wenn das Angebot angenommen werden will. Erhält aber der Erklärende von dem Gegner die Bestätigung, er habe verstanden, während dies in Wirklichkeit nicht der Fall ist, so muß er sich darauf verlassen dürfen; eine nachherige Berufung des Gegners auf nicht erfolgte Kenntnisnahme würde gegen Treu und Glauben verstoßen.

Im übrigen bietet uns wohl das von Koppers [28]) erzählte Beispiel, das offenbar dem Tatbestand der oben erwähnten Reichsgerichtsentscheidung entlehnt ist, einen sehr geeigneten praktischen Fall zur Veranschaulichung der gerade im Fernsprechverkehr möglichen und vorkommenden Lage. Dasselbe hat folgenden Tatbestand: A in C bietet dem B in D durch den Fernsprecher zwei Kuxen zum Preise von 1000 M. an bis abends 7 Uhr. Abends 6 Uhr verreist A. Zwischen 6 und 7 Uhr langt die Annahmeerklärung durch den Fernsprecher an und wird von der Frau des A in Empfang genommen. Diese erwidert, ihr Mann sei verreist und sie wisse von nichts, sie müsse daher die Annahmeerklärung zurückweisen. Der so zur Diskussion gestellte Fall ist in der Literatur außerordentlich viel erörtert worden. Für uns kommt hier nicht die Frage nach der rechtlichen Stellung der Frau als eingetretene Mittelsperson in Betracht — in Wahrheit war sie weder Bote des Erklärenden noch vollmachtsloser Vertreter ihres Mannes, weil sie ja die Annahmeerklärung ausdrücklich zurückgewiesen und jede Beteiligung ihrerseits an dem Vorgang abgelehnt hat, — sondern die Frage, ob in der Entfernung des A von Hause ein Verschulden desselben liegt. Diese Frage ist aber zweifellos zu bejahen. Denn daß es sich hier um ein kurz befristetes Angebot handelt, geht m. E. ohne weiteres und zur Genüge aus dem Wortlaut des Tatbestandes hervor; wenn es heißt „bis abends 7 Uhr", so geht schon daraus hervor, daß das Angebot erst an diesem Tage gemacht wurde [29]), und wenn eine so genau bestimmte Stunde (wohl Stunde des Geschäftsschlusses) festgesetzt

27) Rechtsprechung der Oberlandesgerichte von Mugdan, Bd. 15 S. 316.
28) In der DJZ. 01 S. 112.
29) Anderer Ansicht Biebera. a. O. S. 62.

wird, so verpflichtet sich damit der Offerent, unter allen Umständen bis zu dieser Stunde die Antwort auch abzuwarten. Bei dieser Sachlage war die Antwort des B durch den Fernsprecher zu erwarten, sie konnte bei der kurz bemessenen Frist, zumal die Parteien nicht am gleichen Orte wohnten, offenbar auch nur durch den Fernsprecher gegeben werden. A war daher verpflichtet, dafür zu sorgen, daß ihn die mittels Fernsprechers abgegebene Annahmeerklärung innerhalb der Annahmefrist erreichen konnte; er war verpflichtet, entweder selbst so lange am Fernsprecher zu bleiben oder aber eine andere Person mit dem Empfange der Erklärung zu beauftragen, wenn dringende Verhältnisse seine plötzliche Abreise notwendig machten. Daß in solchem Falle eventuell aus § 151 ein Verzicht des Antragstellers auf die Erklärung der Annahme gefolgert werden könnte, was auch als Ausweg angeregt wurde, bedarf wohl weiterer Widerlegung nicht. Von einer Verkehrssitte, daß in solchem Falle zur Annahme des Antrags eine durch den Fernsprecher zurückgerufene Annahmeerklärung genügen soll, einerlei wem dieselbe zu Ohren kommt, einer geeigneten oder nicht geeigneten bezw. nicht bevollmächtigten Mittelsperson, ob diese die Erklärung überhaupt nicht oder falsch ausrichtete oder ob die Erklärung gar von niemand gehört wurde, kann, wie bereits ausgeführt, natürlich keine Rede sein. Wer die Schließung eines Vertrags bis zum Ablauf einer bestimmten Frist anträgt, erklärt damit doch nichts weniger, als den Vertrag als geschlossen gelten lassen zu wollen, wenn er binnen dieser Frist keine Annahmeerklärung erhält; man wird im Gegenteil sagen müssen, er verlangt damit eine Erklärung, um zu wissen, woran er ist, um Klarheit und Gewißheit über die Rechtslage zu haben. Nur von dem Gesichtspunkte des Verschuldens also — nicht aber von dem Gesichtspunkte der rechtlichen Stellung der Frau als geeigneter Uebermittlerin noch im Wege einer Schlußfolgerung aus § 151 — kann und muß also in dem Koppers schen Beispiel der Vertrag als zustande gekommen gelten und die Erklärung der Frau, sie wisse von nichts usw., kann auch in diesem Falle die Eigenschaft der Erklärung als einer dem Adressaten zugegangenen natürlich nicht hindern.

Damit kommen wir noch kurz zu der in der Literatur noch speziell umstrittenen Frage, ob in solchem Falle die Erklärung vermöge einer Fiktion als zugegangen anzusehen oder ob sie noch nachzuholen

ist. In dem erwähnten Reichsgerichtsfall, in welchem in der Revisionsschrift auch ausgeführt war, daß das rechtzeitige Zugehen nie fingiert werden könne, und in dem Koppersschen Beispiel ist jeweils ein Zugehen tatsächlich, wenn auch verspätet, erfolgt, weshalb das Reichsgericht für den Fall der fahrlässigen Verhinderung die Frage offen gelassen hat, für den Fall der Arglist aber aus § 162 als gelöst voraussetzt und die Fiktion der Rechtzeitigkeit des Zugehens als begründet erachtet. In der Literatur ist die Ansicht hierüber heute noch sehr geteilt; die einen sagen, die Erklärung sei als zugegangen zu fingieren, — wobei wiederum einige die Fiktion nur als Ableistung der Schadensersatzpflicht auffassen [30]), andere sie aus einer Gesetzesanalogie ableiten [31]) wollen —, die andern sagen, sie müsse noch zugehen, sie müsse also nachgeholt werden, um Rechtsfolgen zu zeitigen [32]). Uebrigens geben auch die Anhänger der Fiktion zu, direkt könne natürlich nicht bewirkt werden, daß etwas, was innerhalb einer bestimmten Frist nicht geschehen ist, doch innerhalb dieser Frist geschehen sei, indirekt aber könne dies dadurch bewirkt werden, daß der das Zugehen der Erklärung Vereitelnde sich so behandeln lassen müsse, wie wenn das Nichtgeschehene geschehen wäre. M. E. ist sowohl aus Gründen der Sicherheit des Verkehrs als nach den allgemeinen Grundsätzen der Wahrung von Treu und Glauben im Rechtsverkehr zu sagen, daß, wer einen anderen schuldhaft an der rechtzeitigen Vollziehung der ihm gegenüber abzugebenden Willenserklärung hindert, die Erklärung noch nachträglich entgegennehmen muß. Dem Entgegennehmenmüssen auf der einen Seite entspricht aber das Nachholenmüssen auf der anderen Seite. Nach meiner Ansicht muß also der Erklärende, der infolge Verschuldens des Gegners eine Erklärung durch den Fernsprecher nicht rechtzeitig anzubringen vermag, seine Erklärung dem andern nachträglich zugehen lassen und zwar unverzüglich, sei es durch nochmaliges Anrufen oder auf anderem Wege, nötigenfalls durch Zustellung. Selbstverständlich braucht er dies nicht zu tun zu dem Zwecke, um den säumigen Gegner auch noch möglichst vor Schaden zu bewah-

30) So vor allem Planck Nr. 5 zu § 130.

31) Habicht a. a. O. S. 265 f.

32) Titze S. 453, Dernburg S. 401, Wendt S. 211 f; auch Hölder hält die Fiktion für bedenklich in der DJZ. 01 S. 341; Regelsberger a. a. O. S. 275.

ren[33]), sondern lediglich im eigenen Interesse. Im eigenen Interesse ist dies aber m. E. nicht bloß wünschenswert behufs einer eventuellen Erleichterung des Beweises[34]), sondern direkt nötig, wenn er die beabsichtigte Rechtswirkung erzeugen will, — andernfalls natürlich nicht. Denn es ist ja auch denkbar, daß der Oblat, nachdem er seine Erklärung durch den Fernsprecher nicht anzubringen vermochte, auf einmal auch kein Interesse oder keine Lust mehr hat, das Angebot anzunehmen, daß er aus irgend welchem Grunde vorzieht, sich mit dem säumigen Gegner überhaupt nicht mehr weiter einzulassen, oder sonstwie seinen Entschluß plötzlich ändert. In solchem Falle könnte doch der Offerent, der eventuell immer noch oder aber von Neuem ein Interesse an dem Zustandekommen des Rechtsgeschäfts hätte und zufällig durch einen Dritten von dem vergeblichen Versuch des Oblaten, die Annahme zu erklären, erfahren würde, sich nicht seinerseits auf die Fiktion des rechtzeitigen Zugehens der Erklärung berufen und nunmehr seinerseits von dem Oblaten Erfüllung verlangen. Andererseits kann aber auch m. E. von dem Offerenten, der auf sein befristetes Angebot seiner Entgegennahmepflicht binnen der Frist nicht genügte, nicht verlangt werden, daß er nun seinerseits den Willen des Oblaten erforscht. Welchen Zweck sollte auch eine solche ihm von einigen Autoren[35]) auferlegte Erkundigungspflicht haben? Es ist vielmehr zweifellos Sache des Oblaten, wenn er die betreffende Rechtsfolge herbeiführen will, zur Geltendmachung seines Anspruchs vor allem und unverzüglich seinen vergeblichen Versuch, die Erklärung abzugeben, darzutun, da die abgegebene noch in keiner Weise in die Außenwelt getreten ist. Diese Ansicht vertritt treffend Wendt[36]), wenn er ausführt, die vereitelte Erklärung könne nicht unmittelbar hergestellt oder ersetzt werden und könne trotz aller Verletzung von Treu und Glauben nicht als abgegeben gelten, und dann sagt, die um der Verhinderung willen offenbleibende Frist laufe nicht ab, solange die Erklärung vom Gegner wider Treu und Glauben verhindert werde. In diesem Sinne sagt auch Staudinger[37]), es könne in derlei Fällen die Möglichkeit nachträglicher Erklärung nicht endlos dauern, sondern es bleibe nur die Dauer des Verhinderungszustandes für die Frist-

33) S. Joerges a. a. O. S. 76.
34) S. Bieber a. a. O. S. 64.
35) Reichau a. a. O. S. 49.
36) A. a. O. S. 210 ff.
37) 5./6. Aufl. S. 456.

bemessung außer Betracht, es trete eine Art Hemmung ein nach Analogie der Hemmung des Verjährungslaufs, und fügt bei, bei dieser Auffassung werde die immerhin mißliche „Fiktion" der Rechtzeitigkeit des Zugehens entbehrlich.

§ 6.

Die Gefahrtragung und Gefährdungshaftung wegen Wahl des Fernsprechers als Erklärungsmittel.

Wenn schon in den Fällen, in welchen eine telephonische Verständigung aus in der Person des Adressaten liegenden Gründen scheitert, nur bei Zutreffen eines Verschuldens desselben der Erklärende geschützt wird, so kann selbstverständlich dieser Schutz unter keinen Umständen ausgedehnt werden auf die Fälle, in welchen, wie bereits im vorigen Paragraphen kurz erwähnt wurde, in der Natur des Fernsprechers liegende Gründe eine Verständigung unmöglich machen. Ueber das Verschulden des Gegners hinaus kann demjenigen, der zur Abgabe einer rechtsgeschäftlichen Erklärung den Fernsprecher wählt, ein Recht, Rehabilitierung auf Kosten des Gegners zu verlangen, überall nicht zugestanden werden. Zwar findet auch diese Ansicht heute noch Vertreter, die davon ausgehen, daß man mit der Verwerfung der Empfangstheorie für den Fernsprechverkehr der Bedeutung des Fernsprechers für das Verkehrs- und Geschäftsleben nicht gerecht werde, allein mit viel mehr Recht wird man — ganz abgesehen davon, daß die Empfangstheorie wohl im Sinne der Motivationspolitik vielfach geradezu schädlich wirken würde, indem sie Anreize dafür auslöste, durch geflissentliche Undeutlichkeit der Erklärung und durch Herbeiführung von Mißverständnissen auf Kosten des Gegners im Trüben zu fischen[1]), — sagen können, daß diese Anschauung die Funktionen und die natürlichen äußeren Grenzen des Fernsprechers überspannt. Es kann also nur gemahnt und angeraten werden, bei wichtigen Erklärungen sich nicht ohne Not auf den Fernsprecher zu verlassen. Die Vorsicht gebietet, jedenfalls bei denjenigen empfangsbedürftigen einseitigen Willenserklärungen, bei welchen ein besonderes Maß von Sicherheit für den Gegner (s. oben § 1) gefordert wird, die Rechtslage im telephoni-

1) Oertmann a. a. O. S. 725.

schen Verkehr wohl zu beachten und entweder soweit möglich den Fernsprecher überhaupt zu vermeiden oder aber, was vielfach üblich ist, der telephonischen Erklärung sofort die schriftliche Bestätigung folgen zu lassen.

Führt die telephonische Erklärung nicht zum Ziele, so hat eben derjenige, der diese Uebermittlungsart gewählt hat, die Gefahr zu tragen, ebenso wie, wenn bei Geschäftsabschlüssen im Fernsprechverkehr Mißverständnisse zutage treten, im Zweifel die Auslegung gegen den zu richten ist, der diese Vermittlungsform gewählt hat. Es hat auch hier die alte Regel, daß Zweideutigkeiten in Willenserklärungen gegen den auszulegen sind, der sie redigiert hat, Beachtung gefunden [2]). Es kann nun natürlich nicht im Rahmen dieser Arbeit liegen, hier die ganze Lehre von den speziell im Fernsprechverkehr eine große Rolle spielenden Fällen des Irrtums und der unrichtigen Uebermittelung und ihren rechtlichen Folgen zu erörtern. Es sei nur kurz darauf hingewiesen, daß die Fernsprechanstalt jede Haftung für fehlgehende Willenserklärungen ablehnt. In § 7 der Bestimmungen für die Fernsprechanschlüsse vom 1. Januar 1908 ist gesagt: „Die Verwaltung haftet nicht für den Schaden, der durch die Einstellung des Betriebs, durch Betriebsstörungen oder dadurch entsteht, daß Nachrichten nicht oder unrichtig übermittelt werden". Es muß also einer der beiden am Fernsprecher sich gegenüberstehenden Teile, der Erklärende oder der Erklärungsgegner, den Schaden tragen, auch wenn auf keiner Seite irgendwie ein Verschulden zu konstatieren ist. Wenn man sich dabei gegen den Erklärenden entschied, so waren hiefür verschiedene Erwägungen maßgebend, einerseits namentlich, daß er als der betreibende Teil den etwaigen Schaden, der sich ohne sein Vorgehen nicht hätte zutragen können, veranlaßt, andererseits namentlich, daß aus Gründen der Verkehrssicherheit in erster Linie das berechtigte Interesse des auf die Richtigkeit einer ihm übermittelten Willenserklärung vertrauenden Empfängers zu schützen ist. Im römischen Recht galt, wenn ohne ein auf irgend einer Seite unterlaufendes Verschulden ein das Vermögen jemandes schädigendes Ereignis eintrat, der Grundsatz: „casus a nullo praestantur" oder „casum sentit dominus" d. h. jeder hat den Schaden, der ihn trifft, selbst zu tragen. Es war und

2) Vgl. ERG. Bd. 53 S. 60.

ist dies, ohne daß diesen Sätzen ein selbständiger legislatorischer Wert beizumessen war, lediglich die natürliche und selbstverständliche Folge des römischen Culpaprinzips. Solange keine präzisierbaren Gründe für die Zuweisung entstandenen Schadens an andere Vermögen vorhanden sind, muß der Schaden eben da haften bleiben, wo er zunächst eingetreten ist. Sobald aber irgend ein einleuchtender Haftungsgrund aufgestellt zu werden vermag, tritt bei den Römern wie bei uns jener Grundsatz zurück. Solche Haftungsgründe waren nun schon im römischen Recht, das im übrigen ganz von dem Culpaprinzip d. h. von dem Prinzip: „ohne Schuld keine Verantwortlichkeit" beherrscht war, mehrfach festgelegt; es soll nur an die noxale und die quasi institorische Haftung, zu der noch viele Sondersätze kamen, erinnert werden, so daß auch vom Standpunkt moderner Anschauung die Bedürfnisse des römischen Verkehrs durch das römische Schadensrecht genügend gedeckt waren [3]). Auch das spätere Recht hielt noch mit großer Starrheit an dem Culpaprinzip fest und noch Jhering formuliert das Prinzip in den Satz: „nicht der Schaden verpflichtet zum Schadensersatz, sondern die Schuld". Für das moderne Schadensrecht aber ist man, wenn auch im allgemeinen das BGB. ebenfalls grundsätzlich an dem Verschuldungsprinzip festhält, in einigen Fällen zur Formulierung weiterer angeblicher Haftungsprinzipien gelangt, nach welchen als das entscheidende Moment der Kausalnexus, die Kausalität, sei es allein, sei es in Verbindung mit anderen, verschiedentlich bestimmten Tatbestandsmomenten erscheint. So wurde das Prinzip aufgestellt, daß derjenige den Schaden tragen müsse, der hiezu die Veranlassung gegeben habe, welches dementsprechend von Enecceruś die Bezeichnung „Veranlassungsprinzip" erhielt. Diese Theorie wurde schon von Binding [4]) vertreten, indem er, sich dabei auf die Forderungen der Gerechtigkeit berufend, den Satz aufstellte: „Das tätige Prinzip hat die Folgen seiner Taten zu tragen, nicht das Opfer". Derselbe Gedanke findet sich auch bei Sjögren [5]), welcher Haftung eintreten lassen will, wenn Verschulden oder das sog. Finalitäts-

3) M. Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen BGB. zur obj. Schadensersatzpflicht, Freiburg und Leipzig 1896.

4) Binding, Die Normen und ihre Uebertretung, 2. Aufl. I. S. 433 ff.

5) Sjögren in Iherings Jahrb. Bd. 38 S. 343 ff.

moment vorliegt, und letzteres als vorhanden annimmt, sobald das Interesse einer Person für irgend eine Wirksamkeit maßgebend ist, derselbe Gedanke ist von Unger[6]) dahin formuliert worden: „eigenes Interesse eigene Gefahr, fremdes Interesse fremde Gefahr" und derselbe Gedanke hat den älteren Merkel[7]) zu dem Satz geführt: „Jeder hat die Kosten der Geltendmachung seiner Interessen zu tragen". Der jüngere Merkel[8]) sodann stellt das sog. Prinzip des aktiven Interesses auf d. h. es soll jedenfalls dann eine Haftung eintreten, wenn in fremde rechtmäßige Interessen eingegriffen wird. Alle diese Sätze gipfeln also einerseits zwar in dem Fundamentalsatz, daß nicht ein Verschulden die Verantwortlichkeit begründet, sondern die bloße Kausalität des ungünstigen Ausgangs, stimmen aber andererseits ebenso darin überein, daß jeder die Kosten der Geltendmachung seiner Interessen zu tragen hat. Wer in eigenem Interesse aktiv tätig wird, soll auch die in seiner Wirkungs- und Einflußsphäre wurzelnden Gefahren übernehmen. Derjenige soll das Risiko eines Unternehmens tragen, in dessen Hand es ist, in dessen Kraft es gestellt ist; er soll für die Gefahren, die sich erfahrungsgemäß damit verbinden, einstehen.

Allein alle diese Sätze sind immer noch zu weit und zu unbestimmt, um ihnen die Bedeutung eines Haftungsprinzips zuzuschreiben, und es ist speziell Rümelin[9]), der die Unzulänglichkeit dieser, wenn auch interessanten Versuche, das Schadensersatzrecht auf neue und durchgreifende Prinzipien aufzubauen, aufgezeigt hat. Nach ihm ist eine reine Kausalitätshaftung nicht durchführbar, nicht bloß weil von der bloßen Kausalität noch keine Brücke zur Verantwortlichkeit führt, sondern weil dadurch schließlich die individuelle Freiheit der Bewegung in unerträglicher Weise beschränkt würde; es müssen vielmehr zu dem Kausalnexus noch weitere Momente namentlich subjektiver Art hinzukommen, um eine Haftung zu begründen. Dabei verneint er die Möglichkeit, einen einfachen allgemeinen Grundsatz aufzustellen und kommt lediglich zu dem eine bestimmte

---

6) Unger, Handeln auf eigene Gefahr, 1904.

7) F. Merkel Enzyklopädie.

8) R. Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigem Handeln, 1895.

9) A. a. O.

Gruppe von Fällen umfassenden[10]) Gedanken der Gefährdungshaftung, die aber, wie er selbst sich ausdrückt, kein fest determiniertes juristisches Prinzip ist, sondern eine namentlich durch die Steigerung der Interessenkollisionen in der Neuzeit hervorgerufene Tendenz, welche ihre nähere Begrenzung durch eine auf komplizierten legislatorischen Erwägungen beruhende positive Normierung erhalten muß. Das Gebiet dieser Gefährdungshaftung umfaßt die Fälle, in denen die Verfolgung des einen Interesses nicht notwendig, sondern nur möglicherweise, vielleicht nur entfernt möglicherweise eine Verletzung anderer Interessen mit sich bringt. Je zahlreicher die Berührungspunkte menschlicher Interessen infolge des Näherzusammenrückens der Menschen und der Steigerung der Kultur werden, desto mehr Kollisionspunkte und Reibungsmöglichkeiten entstehen, ohne deshalb doch das einzelne Verhalten als culpa qualifizieren zu können. So hat man u. a. vor allem die mit Gefahren für die Angestellten und das Publikum verbundenen Unternehmungen des modernen Wirtschaftslebens, dann aber auch das mit dem Erblühen von Industrie und dem Erstehen neuer Verkehrsmittel unentbehrliche Benützen von Hilfspersonen im Betrieb und schließlich überhaupt das Abgeben von Willenserklärungen[11]) unter diesen Gesichtspunkt gebracht. Schon im gemeinen Recht ist die Haftung des Erklärenden für fehlgehende Willenserklärungen mehr und mehr zum Durchbruch gelangt und in dem Verkehr der Neuzeit wurde sie immer mehr ausgesprochene, eben durch die Steigerung der Interessenkollisionen hervorgerufene Tendenz der modernen Rechtsentwickelung. Denn dessen, daß Willenserklärungen fehlgehen können und daß dadurch dem Gegner Schaden entstehen mag, muß man sich immer und namentlich bei Willenserklärungen mittels Fernsprechers bewußt sein. Wenn nun das Gebiet der Gefährdungshaftung in ihrem letzten Fundament zurückgreift auf den Gedanken, daß im einzelnen Fall eine bewußte gestattete Tätigkeit des Interessenten vorliegt, welche dieser ebensogut auch unterlassen könnte, welcher aber jedenfalls die gegenüberstehenden Interessen nicht zum Opfer gebracht werden dürfen, so trifft dies namentlich auch auf die

10) Andere Fälle der Haftung ohne Schuld, wie z. B. der Haftung der Unzurechnungsfähigen (§ 829) sind nach Rümelin wieder anders zu begründen.

11) M. Rümelin, Der Zufall im Recht, 1896 S. 41 f.

Willenserklärungen mittels Fernsprechers zu. In diesem Sinne entschied man sich bei der Frage der Haftung im Fernsprechverkehr, wie ich oben gleich vorangeschickt habe, gegen den Erklärenden und in diesem Sinne ist auch im BGB. die Gefährdungshaftung bei fehlgehenden Willenserklärungen anerkannt.

Nach § 122 ist ersatzpflichtig, wer eine (nach § 118) nichtige Willenserklärung abgibt oder eine irrtümliche (§ 119) oder eine unrichtig übermittelte (§ 120) Willenserklärung angefochten hat. In erster Linie ist also der Erklärende an das, was er erklärt oder durch eine Mittelsperson übermitteln läßt, gebunden, er hat aber ein Anfechtungsrecht. Macht er von diesem Recht Gebrauch, so tritt die Haftung des Erklärenden ohne jedes Verschulden seinerseits ein; er haftet, auch wenn er entschuldbarerweise seinen Scherz, den der andere nicht erkannte noch erkennen mußte, für erkennbar hielt, also wenn er ganz entschuldbar irrte und wenn er an der unrichtigen Uebermittelung gar keine Schuld hatte. Ist hienach seine Haftung gegenüber der allgemeinen Regel erheblich erweitert, so ist er andererseits im Falle eines konkurrierenden Verschuldens des Gegners besser gestellt, da die Schadensersatzpflicht ausgeschlossen ist, wenn der Gegner das Fehlgehen der Erklärung bemerkt hat oder bemerken mußte, in welchem Falle also die Haftung des Erklärenden stets gänzlich entfällt. Für die Willenserklärungen mittels Fernsprechers speziell ergibt sich, daß Mißverständnisse der zur Uebermittelung verwendeten Personen (der Stellvertreter in der Erklärung) nach § 120 demjenigen zur Last fallen, der sich der Mittelsperson zur Abgabe der Erklärung bedient, während unrichtige Uebermittlung von Seiten eines Stellvertreters im Erklärungsempfang an seinen Prinzipal selbstverständlich diesem zum Nachteil gereichen muß [12]). Der wohl seltene Fall einer falschen Uebermittlung infolge anomalen Funktionierens des Fernsprechers wird nach Analogie des § 120 zu behandeln sein [13]).

Verhältnismäßig häufig wird der Fall des unentdeckten sog. objektiven Dissenses vorkommen. Man denke z. B. an den von Lenel hervorgehobenen Fall, daß von den beiden persönlich verhandelnden Parteien die eine vom „Juni", die andere vom „Juli"

12) Gibt der Prinzipal auf Grund der falschen Uebermittlung seinerseits eine irrtümliche Erklärung ab, so kommt § 119 in Frage.

13) S. Staudinger a. a. O. S. 453.

spricht und jeder den anderen in seinem Sinn mißversteht. Hier kann selbstverständlich ein Vertrag nicht zustandekommen. Im übrigen ist der auf die Richtigkeit der ihm übermittelten Erklärung vertrauende Gegner, wenn die Erklärung auf Grund von § 119 oder § 120 angefochten wird, in weitgehendem Maße geschützt, insofern weder der Mangel des geringsten Verschuldens auf Seite des Erklärenden noch ein dolus der Mittelsperson, ja selbst nicht der Einfluß höherer Gewalt auf die Unrichtigkeit der Uebermittelung die Schadensersatzpflicht des Erklärenden auszuschließen vermag. Andererseits ist allerdings nicht das gesamte Interesse zu ersetzen, sondern nur das sog. negative Vertragsinteresse (das Vertrauensinteresse) d. h. der Schaden, den der Gegner dadurch erlitt, daß er sich auf die Gültigkeit der Erklärung verließ, den er also nicht erlitten hätte, wenn eine Erklärung ihm gegenüber gar nicht abgegeben worden wäre; sollte dieses negative Interesse je einmal größer sein, als das positive, so ist kraft positiver Vorschrift das negative Interesse nur insoweit zu ersetzen, als es das positive nicht überschreitet. Wenn es aber so allgemeiner Grundsatz ist, daß der Erklärende die Gefahr der Erklärung und ihrer Uebermittelung trägt, so muß er selbstverständlich auch den ihm selbst etwa dadurch entstehenden Schaden auf sich leiden, daß er aus irgend einem sei es in der Leitung oder zwar in der Person des Gegners liegenden, von diesem aber nicht zu vertretenden Grunde einen Anschluß überhaupt nicht erhält.

Wie schon im Eingang erwähnt, fügen es zwar die menschlichen Verhältnisse meistens so, daß die Dinge sich glatter erledigen, als befürchtet werden könnte, allein immerhin wird, wer sich des Fernsprechers bedient, nach all dem Ausgeführten stets gut tun, sich bewußt zu bleiben, daß er die aus seiner Beschaffenheit und seiner Benützung fließenden Mängel auf seine Gefahr nimmt.